ANALES DE LA UNIVERSIDAD

AÑO IX | MONTEVIDEO — 1900 | TOMO XI

Estudio sobre lo contencioso administrativo

POR EL DOCTOR LUIS VARELA

(Continuación)

§ II

SUMARIO:—Sustanciación de los juicios.—Caracteres generales del procedimiento en los juicios administrativos.—La brevedad.—La uniformidad.—La economía.—El sistema oral.—La forma escrita con audiencias fijas.—De las excepciones.—Examen de la reforma que en la clasificación de ellas ha hecho la legislación española.—Crítica.—Necesidad de suprimir en estos juicios las excepciones *dilatorias*.—Su mantenimiento como excepciones de *forma*.—Sus efectos.—Cuáles deben considerarse como tales.—De la prueba.—Cuestiones especiales, que á este respecto presenta el procedimiento administrativo.—Facultad de los jueces para conceder ó no la prueba pedida.—Sistema inquisitorio seguido por el procedimiento administrativo francés.—Razones aducidas para demostrar su superioridad sobre el sistema acusatorio.—Crítica.—Hechos que pueden ser objeto de prueba ante las jurisdicciones administrativas.—La teoría de las cuestiones *prejudiciales*.—Fórmula de Cormenin.—Defensa de Laferrière fundada en la división de los Poderes.—Su inaplicabilidad en el sistema de jurisdicción única.—La teoría de las cuestiones prejudiciales aplicada en el procedimiento común, ¿puede serlo en materia administrativa?—Examen de este problema y fundamentos de su solución negativa.—Medios probatorios.—¿En los juicios administrativos procede la prueba de posiciones?—Temperamento seguido por la legislación española.—Opuesta solución de la jurisprudencia francesa.—Fundamentos aducidos por Dufour y Chauveau.—Su examen.—Solución que debe adoptarse.

Pasando ahora á hablar de la sustanciación, señalaremos como caracteres fundamentales del procedimiento en los juicios de que tratamos, la *brevedad* y la *uniformidad*.

Es evidente que la Administración, cuya acción debe ser pronta, libre y desembarazada para ser oportuna, eficaz, y responder á la urgencia más ó menos grave que envuelve siempre el

uidado de los intereses públicos á su cargo, no puede ser comprometida en largos litigios que paralicen su acción con daño de aquellos intereses, ó que aún cuando no tengan efecto suspensivo, pueden perjudicar su situación agravando las consecuencias de su responsabilidad, tanto mayores cuanto más se prolonga el plazo de la reparación, cuando á ésta hubiese lugar. Esta condición es tanto más exigible en el caso, cuanto que se halla facilitada por las siguientes dos circunstancias: la de que los juicios administrativos —por lo que en seguida vamos á decir —no tienen la complicación de los civiles; y la de que ellos constituyen, en cierto modo, un recurso de alzada, que ha sido precedido de algo así como una instancia en la vía gubernativa, en la cual el interesado ha expuesto y presentado los fundamentos y justificativos de sus pretensiones, y la Administración los motivos de su decisión. Por regla general, pues, nada ó muy poco nuevo tienen las partes que decir ante los jueces.

La *uniformidad* es una consecuencia de la simplicidad á que acabamos de referirnos, fundada en la naturaleza y objeto limitado de esta clase de litigios. En la legislación civil — dice al respecto con todo acierto el señor Abella—las acciones son de muchas clases, por consecuencia de la variedad de los derechos que amparan; pero en el orden administrativo no hay más que una sola: la que se concede al agraciado por las providencias, para que examinados de nuevo los asuntos en que recayeran, se decida si están ó no ajustadas á las disposiciones legales que la Administración debe aplicar y observar. A este objeto único é invariable de lo contencioso, se agrega para justificar la simplicidad y uniformidad del procedimiento, la circunstancia antes apuntada, de que el litigio se promueve sobre la base de un expediente administrativo en que la cuestión á decidirse ha sido planteada, debatida y resuelta, quedando tan sólo á los jueces el declarar si lo ha sido ó no acertadamente.

Concurre á acentuar también los caracteres que acabamos de atribuir al procedimiento de que tratamos, la *baratura* del recurso, condición que si bien es una exigencia de todo ser-

vicio judicial bien organizado, es requerida en el caso de que tratamos por otra razón muy especial. Se sabe que en el orden procesal ordinario, la división jurisdiccional es muy amplia, lo que permite la existencia de procedimientos distintos ajustados á la importancia de los asuntos que ante las distintas jurisdicciones se tramitan; pero en materia administrativa tal división no es posible, de manera que el procedimiento á adoptarse debe ser también el más sencillo, á fin de que sea á la vez el menos oneroso para que no resulte desproporcionado á los asuntos de menor cuantía que ante las jurisdicciones administrativas puedan tramitarse.

Como consecuencia de lo que venimos exponiendo, estableceremos ahora que los juicios de que tratamos deben sustanciarse por medio de *audiencias fijas*. Tomamos esta expresión del artículo 10 de la ley italiana de 1865 que la emplea con todo acierto, por ser la que en realidad corresponde, y no la de *audiencias ó juicios verbales* empleadas por nuestro Código Procesal para indicar aquello mismo.

El procedimiento puramente oral sólo puede existir, en efecto, en casos extremadamente sencillos, como son, por ejemplo, entre nosotros las cuestiones que se ventilan ante los Tenientes Alcaldes, las que por su absoluta simplicidad han permitido á nuestro Código Procesal establecer que los referidos funcionarios extenderán acta de lo actuado haciendo constar tan sólo el nombre de los litigantes, el objeto del litigio y el fallo; ó en los casos en que las exposiciones verbales se limitan á repetir ó ampliar lo ya dicho y escrito en autos, como sucede, por ejemplo, con los informes *in voce* y los recursos extraordinarios en los cuales el debate oral poco ó nada agrega á las resultancias del expediente que son la base principal si no única del fallo de los magistrados. Pero fuera de esos casos el requisito de la escritura se impone como el único medio de dejar una constancia fehaciente de lo actuado, sin la cual las partes perderían todas sus garantías en el juicio y hasta los jueces carecerían de base firme para pronunciar un fallo que, por lo general, no puede dictarse sin estudio previo y meditado de las alega-

ciones y defensas de las partes. Por eso es que lo que nuestro Código Procesal llama *juicio verbal* en los contados casos en que adopta ese procedimiento, como sucede, por ejemplo, en los juicios posesorios y en los de jurisdicción de los Jueces de Paz, no ha sido posible prescindir de la constancia escrita de lo actuado y de lo alegado por las partes, ya oralmente ó en exposiciones que se transcriben íntegras en lo que impropiamente se llama *acta verbal*, de cualquiera de cuyos modos la forma del juicio, lejos de corresponder á la denominación que la ley le da, es realmente escrita, limitándose la especialidad del procedimiento á la sustanciación sumaria en audiencias fijas. Y por eso es también que los Códigos que, como el procesal francés, adoptan como regla la forma oral, han debido prevenir las deficiencias de ésta, disponiendo como lo hace aquél en su artículo 95, que cuando el tribunal creyere que un litigio no puede ser juzgado por la sola defensa oral ó deliberación, podrá acordar la instrucción por escrito.

Fuera, pues, de los casos excepcionalísimos que hemos indicado, no hay ni puede haber juicio puramente verbal. En la misma materia criminal en la que tanto se habla de aquel procedimiento, sólo significa éste la abolición de la prueba escrita preestablecida, y su sustitución por el diligenciamiento de los medios probatorios directamente por el juez de la causa ó con su presencia y también la de las partes; pero en manera alguna importa la supresión de la constancia escrita y completa de las audiencias y demás actuaciones del juicio.

Por todos estos antecedentes, nosotros no admitimos, en primera instancia por lo menos, el procedimiento puramente verbal; creemos, por el contrario, que el procedimiento sumario de audiencias fijas con actuación escrita, es el que consulta los intereses de la Administración por el lado de la brevedad, y los derechos de los particulares por las garantías que les ofrece para sus defensas.

No se deducirá de aquí que el juez debe tener intervención personal en el diligenciamiento de todos los actos de instrucción del expediente. Este régimen que tiene gran im-

portancia en los juicios criminales por predominar en éstos la prueba testimonial que es respecto de la cual tiene gran trascendencia aquella intervención y el juicio oral que le sirve de base, es de mucho menos interés en materia civil, en la que es general la prueba escrita. Y puede decirse que hasta carecería de objeto en materia administrativa, en la que no sólo la prueba testimonial es rara, sino que hasta lo es toda clase de prueba por limitarse generalmente el objeto de la contienda á una apreciación de derecho, á hacerse sobre las resultancias de un expediente preconstituido administrativamente. En estas condiciones basta que los principios generales de la ley procesal común, en cuanto disponen que los jueces para fallar deben ver por sí mismos los procesos, haciendo obligatoria su intervención personal en los actos de instrucción sólo cuando la parte lo pide.

Hechas estas indicaciones sobre los caracteres generales del procedimiento, y examinadas también las cuestiones principales relacionadas con la indicación del juicio, continuaremos ahora estudiando los puntos referentes á la tramitación del mismo, y que ya por su importancia fundamental ó la especialidad de sus soluciones, se imponen desde luego á nuestra consideración.

Entre las cuestiones que están en ese caso figuran por su orden la de las *excepciones*.

En la materia procesal común se sabe que aquéllas son de dos clases, las *dilatorias* que suspenden el curso del juicio aplazando la contestación sobre lo principal, y las *perentorias* que destruyen total ó parcialmente la acción. Se trata ahora de saber si en materia administrativa deben existir las excepciones de una y otra clase.

Se comprende que en los juicios comunes la existencia de las excepciones dilatorias no ofrece dificultad alguna, porque sea cual fuere el plazo que demore su resolución definitiva siempre se está en tiempo de entablar la acción en forma si aquellas excepciones hubiesen sido atendidas, ó de contestar derechamente la demanda si hubiesen sido desechadas.

Pero no sucede lo mismo en materia administrativa, pues debiendo existir en ese caso un plazo perentorio para la interposición del recurso judicial, y siendo imposible ó por lo menos difícil é inseguro que dentro de ese término quede resuelto el incidente, el dilema que se presenta es éste: ó no hay artículos de previo y especial pronunciamiento, ó los hay, y entonces el recurso judicial no puede tener plazo alguno perentorio.

No pasaron desapercibidos estos extremos á la Comisión revisora de la ley española de 1888, la que en el informe sobre la reforma de 1894 decía al respecto lo siguiente:

"Desde luego se convino en que el nombre de dilatorias no se avenía bien con la condición y naturaleza de las excepciones de que se trata, en el procedimiento contencioso administrativo. Así es, en efecto. Nadie ignora que como su mismo nombre indica, son dilatorias las excepciones, cuando dilatan ó retardan la entrada en el juicio; y en el procedimiento contencioso administrativo, por la especialidad del mismo, es sabido que en todos los casos, con la salvedad de uno solo, las excepciones que hasta aquí vienen alegándose como dilatorias, producen el efecto de concluir el pleito sin que haya términos hábiles de que renazca. Únicamente sucede lo contrario, cuando el Tribunal se declara incompetente por ser el asunto de la competencia de otra jurisdicción. Fuera de este caso que se produce raras veces, la incompetencia, la falta de personería y el defecto legal en el modo de preparar la demanda, aún cuando por su índole debieran ser dilatorias, supuesto el plazo de tres meses establecido para acudir á la vía contenciosa, y que en concepto de la Comisión no debe alterarse, resultan perentorias, en razón á que cuando se estiman ya es pasado el término en que se podía subsanar el defecto, completar la personalidad ó acudir en tiempo y forma para que el tribunal se estime competente.

"No son, pues, perentorias por su índole; no son, en lo contencioso, dilatorias porque lo impide la naturaleza de este recurso, que no permite señalar para interponerlo al largo

plazo en que por regla general pueden hacerse valer los derechos civiles. Y en ese estado el asunto, la Comisión ha entendido que debe suprimirse la palabra de *dilatorias* poniendo como epígrafe de la sección 4.ª del capítulo 1.º, título tercero de la ley, las siguientes palabras: *De las excepciones.*"

La reforma suprimió, pues, la clasificación de dilatorias, pero las excepciones que hasta entonces habían figurado en la ley con aquel nombre, tales como las de incompetencia, defecto legal en el modo de preparar la demanda, falta de personería, etc., fueron, no obstante, mantenidas aunque sin denominación especial alguna, pero con el carácter mixto de *dilatorias* y *perentorias* que, como hemos visto, tenían *de hecho* con arreglo á las disposiciones legales vigentes hasta entonces. La nueva ley dispone, en efecto, que dentro de los diez días podrán oponerse las excepciones que acabamos de mencionar; agrega que ellas suspenderán desde luego el término para contestar la demanda, y establece por último que si fuesen dichas excepciones estimadas, se declarará la acción sin curso (artículos 46, 48 y 50).

Creemos, sin embargo, que no se trata aquí de una simple cuestión de palabras, y que por lo tanto no es acertado suprimir tan sólo la clasificación de *dilatorias*, y dejar con todos sus efectos las excepciones que á ella corresponden como lo hace la ley que acabamos de citar. Lo que dejamos dicho demuestra, por el contrario, que en la materia de que tratamos, las referidas excepciones deben ser suprimidas por requerirlo así la brevedad de los procedimientos. Esta circunstancia que la ley citada ha tenido en cuenta al no permitir que el término para interponer el recurso en forma sea prorrogado ni suspendido por efecto del artículo previo, debió influir igualmente en ella para no permitir que el término para contestar la demanda sea alterado por la misma causa. Lo que interesa aquí es que no se demore la solución definitiva del recurso, y esa demora lo mismo puede producirse si se prolonga el plazo para interponer la acción, que si se suspende el término para contestarla. Ambos extremos deben,

por consiguiente, ser igualmente evitados; lo que excluye toda dilación tanto para el que entabla la demanda como para el que debe contestarla.

Lo que debe suprimirse no es, pues, sólo la clasificación de *dilatorias*, sino toda excepción con efecto suspensivo, manteniéndose no obstante las que se conocen con aquel nombre, como excepciones de *forma* que deben ser opuestas y falladas conjuntamente con las de fondo, y que siendo estimadas excluyen toda discusión y decisión sobre esas últimas. Ese temperamento es el mismo adoptado por el derecho procesal común en la reglamentación del juicio ejecutivo; y si bien es cierto que el artículo 890 de nuestro Código de Procedimiento Civil mantiene como excepción dilatoria la de incompetencia del juez, es también verdad que no hay mérito para tan singular disposición, y que lo único que razonablemente puede establecerse para ese caso, es lo que dispone el artículo 1473 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, según el cual, si entre las excepciones opuestas estuviese la de incompetencia y el juez la estimase procedente, se abstendrá de resolver sobre las demás.

Respecto de las otras excepciones se resolverán como hemos dicho, en la misma sentencia definitiva, la cual absolverá si hubiese lugar al demandado; pero como ese fallo se fundaría solamente en razones de forma, deberán dejar á salvo la acción principal para que sea opuesta con arreglo á derecho, siempre que el actor estuviese en tiempo para hacerlo.

Podría objetarse tal vez que el temperamento que indicamos sería demasiado riguroso, por cuanto falladas favorablemente las excepciones de forma, tendrían en el hecho todo el efecto de las perentorias, en cuanto por la razón de tiempo á que antes hemos hecho referencia, el demandante estaría inhabilitado para promover toda nueva discusión sobre el fondo del asunto; pero á eso contestaríamos que el interesado que por su falta se coloca en tan desventajosa situación, á nadie sino á sí mismo debe culpar su desgracia. No obstante y para impedir en cuanto es posible que tal situa-

ción se produzca, se puede permitir al interesado que subsane los defectos de forma apuntados, siempre que esté en tiempo para entablar la acción dentro del plazo legal. La ley española nos da una idea de esa temperamento en el artículo 48 que dice así:

"Si las excepciones alegadas fuesen las de falta de personalidad ó de defecto legal, y la parte á quien se atribuyan creyese que no debían imputársele las omisiones en que se funden, podrá pedir dentro del tercer día que el Tribunal conceda un plazo para completar la personalidad ó subsanar el defecto. Cuando el Tribunal, atendidas las circunstancias del caso, accediese á dicha pretensión, señalará un término que no exceda del que mediase desde el día en que se dedujo el recurso hasta aquel en que finalizase el plazo para interponerlo. Pasado este término no se admitirá documento ni escrito alguno con aquel objeto, y continuará de oficio ó á instancia de parte la sustanciación del incidente."

En cuanto á las excepciones de forma que excluyen toda decisión sobre el fondo del asunto, pueden mantenerse las que el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil establece como dilatorias, si bien algunas de ellas son de escasa ó ninguna aplicación cuando la Administración es demandada, aunque pueden tener alguna en el caso contrario. De todos modos es necesario agregar la de "prescripción del recurso", aplicable á todos los casos en que ésta se hubiese interpuesto fuera de término.

La ley española reformada ha incluído entre las excepciones que mantiene con los efectos de las dilatorias aunque, sin el nombre de tales, la de falta de arraigo del juicio.

No creemos que tenga gran aplicación, pero reconocemos que no haría daño el incluirla, en cuyo caso sería esa la única excepción que requeriría una solución inmediata, por cuanto se comprende que en nada se garantiría á la parte demandada si la fianza, en vez de ser previa al juicio se mandase constituir recién cuando aquél estuviese terminado.

La prueba en esta clase de juicios no es de tanta aplicación como en las de derecho común, ya porque en aquéllas las cuestiones á resolver son por lo general de puro derecho, ó ya porque los hechos han quedado establecidos con anterioridad en la tramitación administrativa seguida previamente á la judicial. No obstante, puede ocurrir que en esa vía sea también necesaria la práctica de diligencias probatorias, y en tal concepto la legislación de que tratamos debe proveer lo que á ese respecto corresponda, á fin de dejar claramente establecidos los medios de prueba que pueden utilizarse, el modo de diligenciarlos, su fuerza probatoria, y el derecho que para pedirlas y ordenarlas tengan las partes y los jueces.

La reglamentación á que nos referimos no difiere en lo fundamental de la que rige en el derecho procesal común, ó por lo menos no debe diferir de ésta; y decimos así, porque hay sin embargo algunos puntos capitales sobre los que discrepa la opinión de los autores y difieren también las legislaciones positivas. Aludimos á la facultad de los jueces para conceder ó negar la prueba pedida por las partes, á los hechos que pueden ser objeto de prueba y al empleo de ciertos medios probatorios admitidos en el derecho común.

Se sabe que por nuestro Código de Procedimiento Civil la justificación de los hechos corresponde directa y principalmente á las partes que los hubiesen alegado, no teniendo los jueces á ese respecto sino la facultad supletoria, diremos así, de dictar autos para mejor proveer; y se recordará igualmente que los jueces están obligados á ordenar el diligenciamiento de toda prueba que hubiese sido pedida en tiempo y forma. Pues bien: la legislación francesa que adopta esos mismos principios en el derecho procesal común, sigue en materia contencioso-administrativa un temperamento completamente contrario, puesto que adopta en ella el procedimiento inquisitorio. Y algo análogo ocurre también en la legislación española que en el enjuiciamiento civil establece los mismos principios que la nuestra, mientras la ley de lo contencioso administrativo dispone en su artículo 54 que, cuando las partes hubiesen pedido el recibimiento á prueba, los tribunales resolverán *si se hace ó no lugar á él.*

En defensa del sistema francés dice el profesor Hauriou: "Por sus caracteres generales el procedimiento administrativo se distingue profundamente del procedimiento civil; él pertenece —lo mismo que nuestro procedimiento criminal —al tipo del procedimiento inquisitorio, en el cual la instrucción del negocio se hace por el juez, mientras que el procedimiento civil se refiere al tipo del procedimiento acusatorio, en el cual la instrucción se hace por las partes mismas con prescindencia del juez. El tipo del procedimiento inquisitorio es generalmente considerado como superior al del procedimiento acusatorio; la presencia de un juez que dirige la instrucción, es, en efecto, una garantía contra las sorpresas de la audiencia y la multiplicación de los incidentes, y por consecuencia contra las lentitudes y los gastos Es permitido pensar, por lo tanto, que el procedimiento administrativo presenta algunas ventajas sobre el civil y que éste ganaría aproximándose á aquél."

Y más concretamente dice Alfaro comparando las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento Civil y la de lo contencioso administrativo:

"Ahora bien: si entramos á examinar cuál de esos dos sistemas nos parece mejor, no podremos menos que inclinarnos al segundo; porque si en último resultado el juez ó tribunal son los que han de apreciar si se hallan ó no plenamente justificados los hechos, y éstos los consideran probados, á qué admitir contra su opinión trámites de prueba enteramente superfluos, tanto más cuanto que si en el curso del negocio les asaltase alguna duda sobre la certeza de aquéllos, podrían desvanecerlos admitiendo la prueba por medio de un auto para mejor proveer."

Nosotros no consideramos fundadas ninguna de esas apreciaciones. El razonamiento de Hauriou podrá tener valor con arreglo á la jurisprudencia francesa que, según lo hace constar Rogrón comentando el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, permite que los hechos que deben ser materia de prueba sean articulados en cualquier estado de la causa. No es extraño, pues, que el procedimiento acusatorio pre-

sente entonces los inconvenientes observados por el distinguido profesor de la Universidad de Tolosa. Pero esos inconvenientes no existen cuando se tiene el acierto de establecer, como lo hace la ley procesal nuestra, que los hechos en que se funda la demanda deben ser expuestos con claridad y precisión en capítulos numerados, y que en ningún caso se admitirá prueba de hecho que no se haya articulado y cuya prueba no se haya ofrecido en la demanda ó su contestación. Con disposiciones acertadas como esas, los inconvenientes atribuídos al sistema acusatorio desaparecen por completo, y con ellos los motivos de preferencia que en la primera de las opiniones transcriptas se aducen en favor del sistema inquisitorio.

Respecto de la opinión del señor Alfaro, es fuera de duda que cuando los jueces están suficientemente ilustrados, resulta superflua toda nueva prueba, de manera que no hay para qué decretarla; pero de ahí no puede concluirse que debe ser facultativo de ellos el ordenar ó no el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas, porque eso importaría dejar la defensa de los litigantes librada por completo á la buena voluntad y á la habilidad de los magistrados. Por otra parte, siendo los propios litigantes los más interesados en el esclarecimiento de los hechos por ellos alegados, no puede por lo regular suponerse que dándoles la dirección de sus defensas y la facultad de producir las pruebas que consideren necesarias á su causa, resulten los procesos poco ilustrativos, inconveniente que si en algún caso llegara á producirse, sería fácil y eficazmente salvado con la investigación subsidiaria de los jueces por medio de los autos para mejor proveer.

Son estas consideraciones tan evidentes, que el sistema inquisitorio tan indicado para la instrucción indagatoria de los delitos, no tiene aún en materia criminal, un carácter exclusivo ni siquiera predominante, pues el mismo procedimiento penal francés, lejos de responder exclusiva ó principalmente á él, tiene, como lo observan los tratadistas de la materia, un carácter mixto, punto que está dividido en dos partes: la

primera, la instrucción indagatoria organizada bajo el régimen inquisitorial y la segunda la que se efectúa ante la jurisdicción del juicio, organizada bajo el régimen acusatorio.

Tenemos, pues, motivos sobrados para no apartarnos del sistema seguido por nuestro derecho procesal común, y reglamentar las facultades de los jueces y los litigantes para la producción de la prueba en los juicios con la Administración, en la misma forma establecida por el Código de Procedimiento Civil, en las disposiciones que antes hemos recordado.

En cuanto á la otra cuestión ó sea la relativa á los hechos que pueden ser materia de prueba ante los tribunales administrativos, ella se presenta por aplicación de la teoría de las *cuestiones prejudiciales*.

Esa teoría, contrariando el viejo principio del derecho romano, según el cual el "juez de la acción es por eso mismo el juez de la excepción y de todas las cuestiones incidentes que se refieren al juzgamiento del fondo", establece que cuando en un juicio seguido ante los tribunales administrativos se promuevan cuestiones sometidas por las leyes generales á otras jurisdicciones, se pasará el incidente á la que según esas leyes corresponda, para ser resuelto previamente á la acción principal.

Por aplicación de esa doctrina, establece la legislación francesa, que los tribunales administrativos no pueden intervenir ni fallar en cuestiones de falsedad de documentos, debiendo las que se presentan como incidencia de un juicio seguido ante ellos, ser sometidas á la jurisdicción ordinaria para ser resueltas previamente por ésta. Establece igualmente según algunos autores como Chauveau, Cormenin, Durergier y otros, aunque la oscuridad de los hechos legislativos permite defender lo contrario á Aucoc, Cabantus y Serrigny, establece también, decimos, que los tribunales administrativos tampoco pueden ordenar el cotejo de letras ó entender en incidentes sobre verificación de escrituras públicas ó privadas, incidentes que como el anteriormente indicado, deben ser previamente resueltos por la jurisdicción ordinaria.

En una palabra, la regla sería la siguiente, formulada por Cormenín:

"Del principio que el derecho de juzgar la cuestión principal no comporta el derecho de juzgar las cuestiones incidentes que sean de la jurisdicción de los tribunales ordinarios, resulta que, si en el curso de un litigio se produce una cuestión incidente que por su naturaleza *no es administrativa*, tal como una cuestión de compensación entre particulares, de falsedad de documento, etc., etc., ella debe ser sometida por los tribunales administrativos á la decisión de los tribunales ordinarios."

La teoría de las cuestiones prejudiciales que como antes hemos dicho, es la que informa en primer término la regla que acabamos de citar, tiene por fundamento el principio de la división de los Poderes. "Es exacto afirmar, dice á este respecto Laferrière, que la regla según la cual el juez de la acción es juez de la excepción, se borra, en principio, ante la regla constitucional de la separación de los Poderes... La independencia de éstos se hallaría comprometida, si una de las jurisdicciones pudiese hacer indirectamente lo que le está prohibido hacer directamente; si una de ellas pudiese fallar sobre una cuestión reservada á otra, bajo pretexto de que no se trata sino de una excepción ó de un medio, y no del objeto mismo de la demanda."

Este fundamento, que podrá tener toda la fuerza que se quiera en el sistema francés, porque en éste los tribunales ordinarios y los administrativos pertenecen á Poderes diferentes, carece de todo valor en el sistema belga-italiano seguido por nosotros, en el que correspondiendo aquellas dos jurisdicciones al mismo Poder Judicial, no puede haber la invasión de atribuciones, temida en los casos anteriormente supuestos.

Es cierto que también dentro del orden judicial y en defensa de las diferentes jurisdicciones establecidas, suele aplicarse contra el principio de que el juez de la acción es juez de la excepción, el de que "lo civil tiene á lo penal en suspenso", como ocurre, por ejemplo, en el caso del artículo 275

del Código Penal, según el cual la acción de ese género contra el insolvente malicioso no puede ser entablada mientras la insolvencia no resulta comprobada por actos infructuosos de ejecución en la vía civil, ó rige también el principio inverso de que "lo criminal tiene á lo civil en suspenso", como sucede en el caso de los artículos 5.º y 6.º del Código de Instrucción Criminal que probiben tramitar la acción civil, mientras la criminal no ha sido definitivamente resuelta. Parece, pues, que análogamente pudiera también decirse que "lo civil tiene en suspenso á lo administrativo".

La cuestión no deja de ser delicada, especialmente para nosotros que sentimos inclinación contraria al principio que acabamos de indicar, y que tiene, para ciertos casos al menos—y decimos para ciertos casos porque no hay al respecto acuerdo alguno en los autores ni en las legislaciones positivas—el asentimiento general de unos y otras. Vamos, sin embargo, á consignar los fundamentos de nuestra opinión negativa.

Desde luego es de observarse que la teoría de las cuestiones prejudiciales, de cierta lógica en el sistema que distingue las cuestiones civiles y las administrativas, excluyendo las primeras de la jurisdicción contencioso administrativa, poco se aviene con el sistema que nosotros hemos adoptado en el capítulo segundo, y que como se recordará no acepta semejante distinción. Y no se diga que eso lo único que prueba es contra la doctrina que en dicho capítulo expusimos, pero no contra la teoría de las mencionadas cuestiones; pues en seguida vamos á ver que esa teoría, que cuando mucho podría ser una teoría de circunstancias, no tiene en su apoyo ninguna razón de carácter general é invariable.

Es evidente que la remisión de un incidente á otra jurisdicción y el consiguiente aplazamiento del juicio administrativo hasta la resolución definitiva de aquél, es completamente contraria á la brevedad que hemos indicado y que unánimemente se reconoce como una de las condiciones esenciales del procedimiento administrativo.

¿Y qué ventaja se obtendría en cambio de esa condición?

¿acaso mayores garantías para los particulares, la seguridad de que la cuestión incidental será resuelta con más acierto é imparcialidad? Algo de eso pudiera creerse siguiendo la opinión de Garroud, quien afirma en sus "Precis de Droit Criminel", que "la regla según la cual el juez de la acción lo es también de la excepción, tiene el inconveniente serio de llamar á jurisdicciones incapaces por la naturaleza misma de su composición ó de sus atribuciones, á fallar sobre cuestiones extrañas á las materias propias de su competencia habitual, y á que impongan sus decisiones á la jurisdicción civil"; pero esta observación que en la materia administrativa podría tener algún fundamento dentro del sistema francés de los tribunales contencioso-administrativos, no lo tiene en una organización jurisdiccional como la que hemos indicado en los capítulos anteriores y que da á los jueces la aptitud é independencia necesaria para fallar con acierto é imparcialidad las cuestiones sometidas á su fallo. Por consecuencia, no habría tampoco mayor inconveniente en que en tales condiciones la jurisdicción administrativa impusiese su fallo á la civil; pero es que esa imposición no sería necesaria, pues la cosa juzgada que sería el único principio que podría justificarla, no se produciría aquí, primero porque el juez ó tribunal administrativo propiamente no resolvería sobre las cuestiones de carácter puramente civil que se hubiesen producido en lo principal, sino que se limitaría á apreciarlas como medio de justificar su fallo sobre el punto fundamental sometido á su decisión. Así, por ejemplo: el juez ante el cual se reclama por denegación de pensión no resuelve si la peticionaria es realmente hija ó viuda del pretendido causante, sino que fallará sobre si la resolución reclamada está ó no arreglada á derecho, y como fundamento de ese fallo dirá si la peticionaria tiene ó no el estado civil que invoca en el caso en que hubiese sido negado por la Administración; y segundo, porque cuando no fuese así, aún cuando los jueces administrativos fallasen realmente sobre cuestiones incidentales, para cuyo conocimiento serían incompetentes si les hubiesen sido sometidas como cuestiones prin-

cipales, esos fallos sólo tendrían eficacia en las causas en que hubiesen sido dictados y en cuanto fuese necesario para la decisión de aquéllas, que es en cuanto los jueces habrían sido competentes para dictarlos,—de manera que si las mismas cuestiones se presentasen después de la jurisdicción civil, podría ésta apreciarla libremente sin temor de herir la cosa juzgada. Regiría á este respecto una doctrina análoga á la que con referencia á la jurisdicción penal establecía el Tribunal de Casación de Florencia en las siguientes líneas, de una sentencia citada por Ricci en su excelente Tratado de las Pruebas:

"Nadie pone en duda que el juez debe conocer de las cuestiones civiles incidentales surgidas en el juicio penal, en virtud de la regla según la que el juez de la acción es juez de la excepción; pero no es verdad que pueden estatuir sobre la misma, en el sentido de imprimir á su resolución el carácter de cosa juzgada contra todos y con todos los efectos. La razón es obvia: así como el juez de la materia criminal sería incompetente para resolver la civil si se la propusieran como principal, así el conocimiento á que la somete para ayudarse en la decisión de la causa no puede traspasar cierto límite sin violar la competencia, la cual estando originada en la conexión entre las cuestiones civiles con el juicio criminal, debe circunscribir sus efectos al círculo de la causa decidida".

Se dirá que de ese modo no se evitan las contradicciones judiciales, pero tampoco se evitan, por ejemplo, permitiendo que califique la quiebra el juez de comercio y califique el contrabando el juez de hacienda, y luego se pronuncie sobre esos mismos hechos el juez del crimen. Las contradicciones judiciales mientras no lleguen á la revocación de la cosa juzgada, pueden ser admitidas como una consecuencia de la imperfección de las cosas humanas. Sin duda alguna es mejor que no existan en ninguna forma; pero así como no se ha considerado que la posibilidad de su existencia sea una razón para paralizar la acción de los tribunales de comercio ó hacienda en los casos indicados, menos puede

afirmarse que lo sea en el caso que nos ocupa y en el cual no se trata de atribuir el conocimiento pleno y absoluto de unos mismos puntos á dos jurisdicciones distintas.

Opinamos, pues, que ni la división de los Poderes, ni la superioridad de aptitudes de los magistrados, ni las mayores garantías, ni la organización jurisdiccional, ni el inconveniente de las contradicciones judiciales, en fin, que ninguno de los motivos que se aducen en apoyo de la teoría de las cuestiones prejudiciales en los limitados casos en que la aplican los autores y las legislaciones que la siguen, justifica en los juicios administrativos que estudiamos, el abandono del viejo principio procesal que hace al juez de la acción juez también de la excepción, ni autoriza por lo tanto para imponer á los magistrados que en dichos juicios intercedan, las inhabilidades de que hemos hablado, y que sólo servirían para dar lugar á aplazamientos que dañarían al procedimiento sin ningún beneficio legítimo.

Esto por lo que se refiere á los hechos que pueden ser objeto de prueba. Por lo que respecta á los medios probatorios se admite unánimemente que son los mismos que en derecho común, con excepción del juramento, cuya aplicación al caso es negada por unos y aceptada por otros en virtud de las razones que pasamos á exponer.

El artículo 56 de la ley española de lo contencioso administrativo establece que no se pedirán posiciones al representante de la Administración en el juicio, pudiendo en su lugar la parte contraria proponer las preguntas que quiera hacer, las cuales serán contestadas por vía de informe, por las autoridades ó funcionarios de la Administración á quienes conciernan los hechos; y Abella fundando esa disposición se expresa en los siguientes términos:

"Hay que tener presente acerca de este género de pruebas que no puede pedirse posiciones al representante de la Administración, lo cual no es dispensa ó privilegio sino simplemente una regla muy en consonancia con la situación y carácter de ese representante, que no gestiona nada propio ni personal, y que, por consiguiente, no se halla en situación

de declarar acerca de los hechos enlazados con el litigio. Así como no se pide á los defensores ó representantes de los particulares, sino á éstos, así también es natural y perfectamente lógico que se dirijan contra quien en los asuntos de interés público ocupan posición análoga, nunca igual á la de los litigantes particulares; es decir, á las autoridades cuyas providencias ocasionan el debate, y á quienes por lo tanto conciernen los hechos á que las posiciones se refieren".

Como se ve, la disposición citada excluye ó prohibe que el punto del juramento decisorio sea deferido á la Administración; pero permite, no obstante, que la Administración lo defiera á los particulares con quienes contienda. En tales condiciones la mencionada exclusión se funda en el principio según el cual las posiciones sólo pueden recaer sobre hechos personales del absolvente. Pero la legislación francesa mucho más radical á este respecto, prohibe en absoluto el empleo de semejante medio probatorio en los juicios contenciosos administrativos. Las razones que hemos visto aducidas en apoyo de esa prohibición son las dos siguientes. Chauveau en su *Code d'Instruccion Administrative,* dice que las partes dueñas de sus derechos pueden deferir el juramento y referirlo, mientras que las otras no lo pueden; y Dufour en su "Traité general du Droit administratif" se expresa á su vez en estos términos: "La atribución á la jurisdicción administrativa no se explica y no se justifica sino por la necesidad de dar una garantía especial á los intereses de orden público, y esa misma razón exige perentoriamente el rechazo de la aplicación que se quiere hacer á este proceso, de los artículos 1358 y siguientes del Código Civil".

Este último argumento puede tener algún fundamento en el sistema francés de lo contencioso administrativo, pero no así en el que nosotros hemos adoptado. Parece realmente contradictorio establecer la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo porque se supone que los tribunales ordinarios no ofrecen las suficientes garantías, y admitir luego el juramento decisorio que importa poner la solución del pleito no ya en manos de un tercero imparcial sino en

manos de la propia parte interesada, que eso es precisamente lo que significa para cada una de las partes el deferir á la otra el mencionado juramento.

Dentro del sistema nuestro que no busca las garantías excepcionales de tribunales administrativos que considera inadmisibles, la contradicción no sería tan grande, pero si aún en esa hipótesis se insistiera en el rechazo de la prueba que estudíamos á pretexto de que la sentencia de un magistrado imparcial ofrece más garantías que la decisión del pleito por el juramento deferido á una de las partes, como esa superioridad de garantías existiría tanto en materia administrativa como en el derecho común, la conclusión sería que el referido medio probatorio debería ser eliminado en absoluto en toda clase de juicios, y el argumento sería así de los que prueban demasiado. Pero hay que tener en cuenta que la sentencia del magistrado imparcial sólo ofrece la superioridad de garantías que se supone, cuando está fundada en pruebas suficientes é independientes de la rectitud ó sinceridad con que proceda en el juicio la parte á quien el juramento se defiere. Mas cuando aquella circunstancia no existe, cuando la única prueba practicable es la confesión jurada del contrario, no vemos cómo puede ser más segura y sobre todo más justa la sentencia que prescinda de ella que lo que en ella se funda.

Se replicará tal vez que este razonamiento nuestro, tiene el mismo defecto que atribuimos al que criticamos, formulado por Dufour, es decir, que es también de los que por probar mucho no prueban nada, pues siendo cierto podrían deferir el juramento hasta los tutores, curadores,—en una palabra, todos los administradores de bienes ajenos, pues de todos podría decirse que no teniendo otras pruebas, nada aventuran ni nada pierden empleando aquel medio probatorio. Pero para nosotros esa objeción no sería tal, pues en buena doctrina, ¿qué inconveniente habría en aceptar aquella conclusión? Nosotros no vemos sino uno, el peligro de que los administradores abusasen del referido medio probatorio empleándolo con perjuicio de sus administrados en otros casos que aque-

llos en que realmente no fuesen posibles otras pruebas. Mas ¿ese peligro no estaría eficazmente prevenido con requerir previamente la autorización judicial, como se exige en casos análogos para la transacción con la cual coincide en el fondo el juramento decisorio?

Y esto nos trae á considerar ahora el argumento de Cheaveau. Ese argumento está fundado en la naturaleza del juramento decisorio. Los autores de derecho procesal enseñan que aquél es una transacción, y se ha deducido de ahí, que así como no puede transar el que no tiene la libre disponibilidad de las cosas que se abandonan por la transacción, en cuyo caso se supone á la Administración, no puede por la misma causa deferir ni prestar el juramento decisorio.

Pero debe tenerse presente que la prohibición de transar impuesta á los administradores de intereses ajenos está muy lejos de ser absoluta, pues la misma legislación civil establece que los tutores y curadores pueden hacerlo con autorización judicial, y respecto de los representantes de personas jurídicas, deja que transen de acuerdo con las leyes ó reglamentos de sus respectivos institutos. Quiere decir, pues que lo más que ha hecho la legislación civil es establecer ciertas garantías, y eso solamente tratándose de intereses de incapaces; de manera que no se ve cómo puede darse un alcance absoluto á la prohibición que se invoca, y aplicarla á la Administración para deducir de ahí que porque ésta no pueda transar, tampoco pueda deferir ni prestar el juramento decisorio.

En conclusión, lo que á nuestro juicio corresponde hacer, no es proscribir el medio probatorio de que tratamos, y que después de todo por lo breve y expeditivo es de los que más se avienen con la índole del procedimiento administrativo, sino seguir á su respecto un temperamento análogo al adoptado para los representantes de las personas jurídicas, sin tener para nada en cuenta si los administradores tienen ó no la libre disponibilidad de los intereses administrados, principio este que como acabamos de verlo no es de aplicación absoluta en el derecho común, y menos puede serlo en

materia administrativa por lo que dijimos en la página 297.

Establecido en estas condiciones y la de que el Fiscal necesita autorización expresa para deferir el juramento como la necesita para desistir del juicio, ese medio de prueba no puede ofrecer peligro alguno, y tanto menos cuanto que es de escasa aplicación, y que la oposición que debe haber mediado por parte de la Administración tanto en actuaciones puramente administrativas que deben haber precedido á las judiciales como en éstas hasta el momento de deferir ó prestar el juramento, alejan por completo toda posibilidad de complacencias culpables en que pudiera incurrir la Administración para con sus contendores.

Y para el caso menos común todavía de que fuese la Administración la que hubiese de prestar el juramento, sería oportuno conciliar la conclusión que acabamos de establecer con el principio de derecho universal que exonera á ciertos funcionarios de comparecer personalmente ante los jueces, como hemos visto que lo hace la legislación española.

§ III

SUMARIO:—De las sentencias.—Autos é interlocutorias; su carácter y efectos.—Sentencias definitivas.—¿Son declaratorias ó condenatorias?—Su forma.—Fórmula ejecutoria adoptada por la legislación francesa.—Por qué no es aplicable en el sistema judicial. ¿Quiere decir esto que las sentencias en los juicios administrativos son simples declaraciones de principios?—Doctrina de Laferrière sobre la fuerza obligatoria de aquéllas.—Oportuna observación de Mantellini sobre la eficacia de las referidas sentencias.—Si esa eficacia sería mayor en los tribunales con imperio.—Condenaciones impuestas por las sentencias.—Gastos del juicio.—Cuáles deben ser.—Impuestos de actuación y derechos de oficina.—Por qué no los paga el Fisco.—Absurdo del pretendido *beneficio de pobreza.*—Verdadero fundamento de la exención.—Por qué á pesar de no pagar el Fisco dichos gastos deben existir éstos para la parte contraria.—¿El Fisco puede ser condenado en las costas y costos del juicio? Error de la doctrina sostenida por el señor Fiscal de Hacienda y seguida en algunos casos por nuestros tribunales. Su falsedad con arreglo á la legislación vigente.—Verdadero sentido de los artículos 484 y 1294 del Código de Procedimiento Civil. Su injusticia en teoría.—Doctrina de Chauveau.—¿La condenación en los gastos procede siempre contra la parte que sucumbe? Modo de hacerla efectiva contra los particulares.—Ejemplo de la legislación española.

Debemos ahora decir algo sobre las sentencias.

Observaremos ante todo, que las decisiones de los jueces en materia administrativa son, como en el derecho común, de tres categorías: providencias, autos y sentencias, ó como dice nuestra ley procesal, sentencias mere-interlocutorias, interlocutorias y definitivas, según sean de simple trámite, resuelvan un incidente ó recaigan sobre lo principal del pleito.

Las decisiones de las primeras categorías, especialmente las de la segunda, sólo ofrecen alguna particularidad en los juicios de que tratamos, en lo que respecta á los recursos que contra ellas puedan ser interpuestos, y de los cuales hablaremos más adelante. En lo demás, como que por punto general se refieren á actos internos del procedimiento en los cuales la autoridad del juez es única y en nada puede rozar el ejercicio de las funciones propias de la Administración, se rigen en la forma, en el fondo y en cuanto á su cumplimiento, por los mismos principios que en el derecho procesal común. No obstante en los contados casos en que el cumplimiento de los autos y sentencias interlocutorias pueda interesar los derechos y los principios que rigen el ejercicio de las atribuciones propias de la Administración, entonces eso mismo modificará las reglas de derecho común en el sentido de conciliar los principios y las funciones de ambos órdenes, como tiene que suceder siempre tratándose de sentencias definitivas según en seguida vamos á decirlo.

Esas sentencias tienen en la materia de que tratamos, ciertas particularidades que es del caso hacer notar, especialmente en lo que se refiere á su carácter, su forma, su fuerza ejecutoria y su cumplimiento.

En el derecho común las sentencias son condenatorias ó absolutorias. Las sentencias terminarán, dice el artículo 466 de nuestra ley procesal, condenando ó absolviendo al demandado. En materia administrativa si bien nada impide que sea lo mismo respecto de las particulares cuando la Administración es actora, no ocurre otro tanto en el caso inverso. Respecto de la Administración, las sentencias no pueden ser propiamente condenatorias, porque este carácter envuelve una

autoridad imperiosa, un poder de ejecución que los tribunales no tienen respecto de las autoridades administrativas, como lo expresamos en las páginas 105 y siguientes. Por eso es que respecto de la Administración las sentencias definitivas no pueden tener sino un carácter puramente declaratorio, como vimos que expresamente lo establece el artículo 4.º de la ley italiana al disponer que los tribunales se limitarán á conocer de los efectos del acto reclamado con relación al derecho alegado en juicio, pero sin revocarlo ni modificarlo en forma alguna; revocación ó modificación que no puede ser hecha sino en la propia vía administrativa. Tal es el verdadero carácter de las sentencias en el sistema judicial, por más que otro pueda ser en el sistema de los tribunales administrativos que comete la decisión de los recursos á la misma Administración en otra de sus combinaciones, es decir que establece el recurso contra la Administración activa para ante la Administración contenciosa.

Teniendo en cuenta el carácter que acabamos de atribuir á las sentencias definitivas, aun cuando por las razones que ya conocemos no deba exigirse que el agotamiento de la vía administrativa preceda á la reclamación judicial, debe, no obstante, establecerse que precederá á esta última, gestión de aque orden en la cual se haya desconocido el derecho del reclamante, desconocimiento del cual se podrá recurrir ante los Tribunales, á fin de que éstos aplicando la ley, los reglamentos ó las decisiones administrativas en cuanto á la ley se ajusten, declaren si ha existido ó no la violación alegada y si en consecuencia debe ó no ser atendida administrativamente la reparación solicitada por el reclamante.

Requerida la intervención judicial en los términos que acabamos de indicar, los jueces fallarán con arreglo á ellos rigiendo en el caso el mismo precepto del artículo 462 del Código de Procedimientos Civil, según el cual las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y con arreglo á las acciones deducidas declararán el derecho de las partes, es decir que los jueces no pueden conceder más ni distinto de lo pedido.

La forma de las sentencias definitivas puede y debe ser la

misma que en el derecho común, con excepción de la parte dispositiva que, dado el carácter puramente declaratorio de aquéllas no admite las fórmulas imperativas ó ejecutorias que son perfectamente pertinentes en el derecho común, pero que en la materia que tratamos sólo son aplicables en otras organizaciones de lo contencioso administrativo, como sucede por ejemplo con la seguida por la legislación francesa.

"En nombre del Pueblo Francés,—dicen las sentencias del Consejo de Estado,—la República manda y ordena al ministro de... que proceda al cumplimiento de la presente decisión". Prescindiendo de la impropiedad que puedan encerrar esas invocaciones al pueblo y á la república por quienes no tienen la representación directa del uno ni del otro y sí tan sólo la misión de aplicar justicia resolviendo con arreglo á la ley los conflictos de derecho que puedan surgir en sociedad, la fórmula ejecutoria que acabamos de transcribir puede ser aplicable en el sistema citado, porque siendo pronunciada por funcionarios del propio orden administrativo, no hay en su empleo ataque alguno á la división de los Poderes. Pero no sucede lo mismo en el sistema judicial que nosotros hemos adoptado, y en el cual el fallo es pronunciado por una autoridad extraña á la Administración. En tal caso, dicha autoridad invadiría las funciones administrativas tanto si reformase ó anulase el acto que hubiese originado el reclamo, como si se limitase á ordenar la ejecución de alguna de aquellas medidas. La fórmula simplemente declaratoria importando tan sólo un pronunciamiento sobre los efectos del acto reclamado con relación al reclamante, obliga á la reparación del daño causado, pero sin perjuicio de que la Administración mantenga si así lo estima conveniente, el acto que hubiese dado origen al reclamo. Ese temperamento que expresamente lo establecen las legislaciones de España é Italia como lo vimos en la sección V del capítulo II, es el único que concilia la tutela de los derechos de los particulares con la integridad de las funciones de la Administración.

Aún tratándose de la simple reparación de daño causado ó del derecho violado, las fórmulas condenatorias ó impera-

tivas chocan con principios de organización administrativa que quitan á aquélla toda fuerza judicialmente ejecutoria é impiden que su cumplimiento pueda hacerse en otra vía, que no sea la de la Administración misma. Es ésta la que mantiene los servicios y maneja los dineros públicos; y en esas unciones no podría ser perturbada ni invadida en forma alguna por los tribunales judiciales, que carecerían así del imperio necesario para hacer efectivas por su propia autoridad las condenaciones contra la Administración impuestas. Esto es lo que sucede en la misma Francia á pesar de la forma conminatoria empleada por las sentencias del Consejo de Estado. "La ejecución de las sentencias, dice Laferrière, no puede ser perseguida ni contra el ministro ni contra el Estado por ninguna vía de apremio judicial ni administrativo. Por un lado en efecto los bienes del Estado son inembargables, y por otro no corresponde á ninguna autoridad librar mandamientos de pago contra sumas puestas á disposición del ministro por la ley del presupuesto, ni menos ordenar de oficio la inscripción en el presupuesto del Estado de créditos que no figurasen en él".

No quiere decir esto que las sentencias dictadas en materia administrativa son simples declaraciones de principios, ni que la Administración al darles cumplimiento lo haga por pura deferencia ó cortesía hacia los tribunales que las hubiesen dictado". La Administración, dice Laferrière, tiene el deber estricto, el deber jurídico de proveer á la ejecución de las sentencias porque le es impuesta por una autoridad superior á la autoridad ministerial y á todos los Poderes del Estado, cual es la del Pueblo y la República francesa". Sin acudir á una invocación tan aparatosa como la empleada por las sentencias del Consejo de Estado de Francia podemos decir que la Administración debe dar cumplimiento á las sentencias de los tribunales, porque la ley le impone el deber de hacerlo, y se lo impone con todos los medios y con todas las sanciones necesarias para asegurar dicho cumplimiento con la misma eficacia acordada á las sentencias ejecutorias en la vía judicial.

Ya lo dijo Mantellini que "en una sociedad bien organizada no puede admitirse cuestión sobre *si el Estado no paga*". Pero si á pesar de ser la primera en dar ejemplo de honestidad, de respeto á todos los derechos y á las decisiones de los demás Poderes del Estado, la Administración no cumpliese, la verdad es que también podrían hacer otro tanto los jueces, omitiendo decretar y hacer efectivo el apremio contra ella, si estuviesen facultados para hacerlo; de manera que esa facultad no daría á las sentencias judiciales más eficacia contra la Administración que la que tienen con la reglamentación y el alcance que hemos indicado. Si esa eficacia en la práctica no resultase, lo mismo que si los jueces no cumpliesen con el otro requisito que hemos mencionado, el mal tendría otro origen más profundo que el de la simple deficiencia de las leyes procesales, y tendrá por lo mismo en otra parte su remedio.

En cuanto al cumplimiento de las sentencias, es un tema que creemos haberlo tratado con la suficiente detención en la sección V del capítulo II. Nos remitimos, pues, á lo allí dicho y pasaremos á tratar de los gastos del juicio, punto sobre el cual todas las sentencias deben tener pronunciamiento expreso.

¿Qué gastos judiciales deben ser abonados y quién debe pagarlos en los juicios contencioso administrativos?

La primera cuestión sólo puede ofrecer dificultad con respecto á los impuestos de actuación y los derechos de oficina.

Se sabe, en efecto, que la Administración, no pudiendo pagarse impuestos á sí misma, está exenta de los primeros; y respecto de los segundos, lo estaría por análogo motivo si se tratase de oficinas del Estado, y lo está aún tratándose de oficinas particulares, en virtud de la exención que le acuerda el artículo 1294 del Código de Procedimiento Civil.

Puede discreparse sobre el fundamento de esa liberación. Para nosotros es el mismo que sirve de base á la exonera-

ción de peaje en los puentes concedidos á empresas particulares, á la reducción de tarifas en los ferrocarriles y á otras exenciones análogas de que goza generalmente la Administración, y que se le acuerdan en favor del interés público que ella representa. Conceptuamos, por consiguiente, completamente absurdo hablar en el caso de *beneficio de pobreza,* como lo hace la disposición citada de nuestra ley procesal, siendo así que al Estado se presume siempre según la célebre frase de Mr. Thiers, *solvente* y *honesto hombre.*

Pero sea por un motivo ó por otro, lo cierto es que el Estado no paga costas, y en tal caso ocurre preguntar si es equitativo que las pague la contraparte.

La negativa parece imponerse á primera vista. Se explica, en efecto, que los particulares cuando solicitan beneficios de la autoridad, deban pagar los impuestos que esos beneficios originan; pero no es en manera alguna admisible que cuando la autoridad infiere un agravio á los particulares y los obliga á defenderse en juicio, les grave esa defensa con impuestos y contribuya así á dificultarla. Eso no se explica sino por una intolerable avidez fiscal. Pero no debe olvidarse que rigiendo el sistema de las costas para la remuneración de los servicios de oficina, la solución á que nos referimos perjudicaría injustamente á los actuarios, debiendo tenerse presente también y como consideración más decisiva, que la injusticia que hemos apuntado sólo existiría en el caso en que el reclamo hubiese sido fundado, pero no cuando el recurrente hubiese sido vencido.

Estimamos por eso, que sobre el punto que tratamos no debe hacerse innovación alguna á lo que dispone el derecho común, sin perjuicio de que la injusticia anotada se corrija por medio de las condenaciones impuestas en las sentencias y de las cuales pasamos á tratar.

¿Se puede condenar á la Administración al pago de las costas y aún al de los costos del juicio?

En una reclamación que defendimos contra el Fisco y en la cual se declaró que debían ser de cuenta de aquél el pago de las prestaciones reclamadas y más las costas y cos-

tos causados, al gestionar el cumplimiento de esa última parte de la sentencia, el señor Fiscal de Hacienda se expresó en los siguientes términos:

"Es sabido que las declaraciones ó condenaciones que respecto de costas y costos se hacen en los pleitos que siguen los particulares contra el Fisco, no tienen más alcance que el de establecer la mayor ó menor razón ó sinrazón con que se ha procedido en el juicio. Ni en caso de ser condenado el litigante particular paga las costas ó gastos que hubiesen correspondido al Fisco, ni en caso de ser el Fisco condenado paga las prestaciones de esa naturaleza, causadas por la contraparte. Tal es la doctrina establecida por nuestros Tribunales, en armonía con lo dispuesto por el artículo 484 del Código de Procedimiento Civil."

La antigua jurisprudencia seguida por el Consejo de Estado en Francia, antes de que la ley de 22 de Julio de 1889 hubiese icorporado al procedimiento administrativo el principio de que la parte que sucumbe paga los gastos, principio que ya había adoptado el Código Procesal Civil de aquel mismo país, seguía también la doctrina de que la Administración no debe ser condenada en los gastos del juicio; pero era otro el fundamento atribuído á esa doctrina, aunque en verdad tan inconsistente como el que anteriormente hemos expuesto.

Afirma Serrigny que el verdadero motivo era una razón de economía, pues como el Estado figura en un gran número de contiendas administrativas, sería con frecuencia expuesto á condenaciones en los gastos, y como él es defendido sin erogación especial alguna por ministerio de sus agentes, mientras que las otras partes no gozan de esa misma ventaja, el riesgo no sería igual para ambas si el Estado tuviese que pagar los gastos de sus adversarios, mientras éstos no tendrían que pagar los de aquél, aún cuando también sucumbieran.

Por nuestra parte no admitimos ninguno de los fundamentos expuestos, ni la conclusión que con ellos se pretende sustentar.

La teoría defendida por el señor Fiscal de Hacienda y seguida en algunos casos por nuestros Tribunales, no la encontramos acertada ni con arreglo á la legislación vigente ni tampoco á los verdaderos principios doctrinales.

Se explica que, como lo establece la disposición citada, cuando el particular es condenado en las costas, no tenga que abonar las que corresponden al Fisco; y se explica porque refiriéndose aquella condenación á las indemnizaciones que la parte vencida debe abonar á la vencedora, no abonando costas el Fisco no tiene que ser indemnizado de ninguna erogación hecha por aquel concepto. Esa es la verdadera razón por la cual en el supuesto caso no se hace efectiva la condenación impuesta al litigante; esa, y no la de que tal condenación es por sí misma completamente inocua, y no tiene más objeto que una calificación platónica sobre el grado de fundamento con que se ha litigado; calificación que racionalmente no puede estar en los propósitos de la ley, por más que en el hecho parezca resultar de la aplicación combinada de los artículos 484 y 1294 de nuestro Código procesal.

Por otra parte, es evidente que el artículo 1294 á que acabamos de referirnos, al establecer que el Fisco no paga costas, no puede referirse sino á las que él mismo causa ya como actor ó como reo, único caso en que puede tener algún fundamento racional la exención que se le acuerda; pero en manera alguna puede significar que el Estado jamás puede ser obligado á indemnizar á los particulares de los gastos que les haya obligado á hacer para defenderse de los agravios que él mismo les hubiese inferido indebidamente.

En ese caso, ni existe la circunstancia á que responde el artículo 484 al disponer que no se cumpla la condenación impuesta al particular, ni puede tener cabida la exención que establece el artículo 1294 del mismo Código citado, ya se quiera fundarla en supuestas razones de economía, ó de fingida pobreza, ó en la consideración recordada por Serrigny, de que la Administración no se despoja enteramente de su

poder en las discusiones contenciosas, sino que llena un oficio público defendiendo los intereses generales de la sociedad, no en la consideración análoga recordada por Aucoc al decir que "los agentes de la Administración son siempre inspirados por el celo del bien público aún cuando dictan una decisión ó toman una medida que induce á los particulares á reclamar ante la jurisdicción administrativa." Aun cuando así sea, nada de eso quita que la parte tenga que hacer sus gastos para defender su derecho, de manera que si ella gana no es justo, como lo reconoce el segundo de los autores citados, que ella pague siempre los gastos de un proceso á que ha sido llevada sin motivo por la Administración misma. Y menos podría ser una razón la desigualdad de riesgo que según hemos visto observaba Serrigny, invocando la antigua jurisprudencia francesa, pues ella no resulta de un tratamiento desigual de las partes respecto de la condenación en los gastos, sino de la manera especial como cada una reglamenta sus pagos. Todavía así, veremos más adelante cómo ha salvado la dificultad la legislación española.

Estamos, pues, de perfecto acuerdo con Chauveau al pronunciarse sobre el punto en los siguientes términos:

"En cuanto á mí, yo no veo ningún motivo serio que pueda autorizar una derogación al principio general en virtud del cual la parte que sucumbe debe ser condenada en los gastos. Que la Administración obre como propietaria en el interés del dominio del Estado, ó como autoridad pública que defiende los intereses generales de la sociedad, ella es siempre la parte adversa de aquella que ha ganado la causa. Ella no podría, pues, sustraerse á la aplicación de la regla general sino invocando un texto formal que hubiese hecho una excepción en su favor; pero ese texto no existe, ni tampoco podría existir sin injusticia, porque los simples particulares no deben ser víctimas de la falsa apreciación que la Administración haga de sus derechos; y no sería conforme á las reglas de la justicia, que ellos viesen recaer sobre sí los gastos ocasionados por aquella falsa apreciación. La razón de economía que M. Serrigny supone haber deter-

minado al Consejo de Estado, no puede ser de peso alguno. Si la Administración quiere evitar gastos frustratorios, que antes de provocar una oposición examine maduramente la naturaleza de su derecho y las probabilidades que puede tener de hacerlo triunfar, y que ella no comprometa su acción sino cuando tenga la seguridad de que esa acción será bien fundada. Pero si ella se engaña, querer sustraerse al pago de los gastos bajo pretexto de economía, sería de su parte una irritante injusticia".

Esta solución es, sin embargo, demasiado absoluta, pues fuera de los casos en que se reclaman daños y perjuicios en los cuales forzosamente deben quedar comprendidos los gastos del pleito so pena de que resulte incompleta y hasta ilusoria la indemnización acordada, en los demás, no siendo justo en materia administrativa como no lo es en la civil, que la parte que ha litigado con algún fundamento pague los gastos de la contraria, la condenación en costas y costos debe depender de las circunstancias; sino de la ligereza, malicia, ó temeridad de la Administración ya que la especialidad de ésta excluye semejantes supuestos, según la más ó menos razón con que aquélla haya procedido. En justicia no es posible prescindir de ese antecedente, así como cuando la Administración litiga sin fundamento tampoco puede exonerarla de la imposición de los gastos, la presunción de que "ella obra siempre en interés general". Esta presunción en virtud de la cual algunas legislaciones como la francesa, establecen que el Estado, por regla general y salvo casos especiales expresamente exceptuados no puede ser condenado en los gastos del juicio, no justifica tal liberación, desde que el servicio de los intereses públicos, si bien justifica las limitaciones resultantes de fórmulas ó de soluciones conciliatorias con los derechos privados, no pueden dar carta blanca para agraviar indebidamente á los particulares.

Con respecto á estos últimos la condenación en los gastos del juicio debe regirse por los principios generales, cuya aplicación no ofrece dificultad alguna del punto de vista del derecho.

En la práctica no obstante, dicha aplicación puede ofrecer ciertas dudas, porque en primer término ya sabemos que hay ciertos gastos de los cuales la Administración está exenta, de manera que no se ve cómo puede obligarse á la otra parte á reembolsarlos; y otros como los haberes de los defensores, que la Administración no los paga por pleito, sino por mensualidades fijas, faltando, por consiguiente, la base para determinar la suma que en cada caso deben abonar los particulares por reintegración de esos gastos.

La primera dificultad está resuelta en el artículo 484 de nuestro Código Procesal, según ya lo hemos visto anteriormente. En cuanto á la segunda ha sido resuelta con acierto á nuestro juicio, por el artículo 93 de la ley española de lo contencioso administrativo, la cual fija las cantidades alzadas que deberá abonar el particular según los casos.

"Las costas causadas en los autos, dice el citado artículo, serán reguladas y tasadas según lo dispuesto en el título 3.º, libro 1.º de la ley de Enjuiciamiento civil.

Se exceptúan de esa regulación, las correspondientes á la Administración por su defensa, que en todo caso se graduarán en 100 pesetas cuando se trata de un incidente ó de una apelación; en 250 cuando la demanda se declare inadmisible, y en 500 cuando se desestimen totalmente las pretensiones del demandante ó recurrente".

Y como esas sumas por la circunstancia ya indicada no pueden ser destinadas al pago de honorarios devengados en cada caso, el mismo artículo establece en los siguientes términos el empleo que debe dárseles:

"Con el importe de las costas que deban abonarse á la Administración, se constituirá un fondo especial en la Caja general de depósitos á disposición del Tribunal de lo Contencioso administrativo, para atender á las condenas de costas (gastos) que se impongan á la Administración".

Son dos soluciones que con modificaciones de detalle pueden ser útil y acertadamente aprovechadas.

§ IV

SUMARIO:—Recursos contra las resoluciones dictadas en los juicios administrativos.—Cuáles deben ser.—El de reposición.—El de apelación.—Necesidad de limitarlo.—Diversos temperamentos adoptados á ese fin por las legislaciones positivas.—Su examen.—Ineficacia de la condenación en costas.—Limitación del recurso por la importancia del asunto.—Su injusticia.—Limitación según se trate de autos que impidan ó no la continuación del pleito.—Inconvenientes para su adopción.—Limitación fundada en el momento para la interposición del recurso. Autos de apelación previa y autos cuya apelación debe interponerse con la de la sentencia definitiva.—Criterio seguido por la legislación francesa para distinguir los autos de una y otra clase.—Inconvenientes que presenta.—Verdadero principio para distinguir los autos de apelación previa de los que no lo son.—¿La apelación debe ser libre ó en relación? ¿Debe ser en ambos efectos ó en uno solo?—Error de la doctrina que le niega todo efecto suspensivo.—El recurso de queja.—Casos en que debe proceder.—El recurso de revisión.—El recurso de nulidad.—Condiciones de su interposición.—Recurso extraordinario, y su improcedencia.—El recurso de casación en interés de la ley.—Motivos de su inadmisión.

Como lo hemos indicado anteriormente, las resoluciones de los jueces en esta clase de litigios deben ser reclamables cuando las partes no las consideran ajustadas á derecho, pues si bien es forzoso limitar el número de las instancias, nada justificaría la reducción de éstas á una sola, con lo cual en vez de conciliarse dos principios por lo menos tan igualmente respetables como el de las garantías de la defensa y la brevedad de los procedimientos, se sacrifica éste al primero, que no es seguramente el que debe preocupar menos la atención del legislador.

Los recursos contra las mencionadas resoluciones deben ser el de reposición, el de apelación, el de queja, el de nulidad y el de revisión, ejercitables en los casos y condiciones que pasamos á exponer, prescindiendo del primero que no ofrece diferencia alguna del que establece y reglamenta la ley procesal común.

Empecemos, pues, por el de apelación.

Es evidente que ese recurso requiere una reglamentación especial que evite los inconvenientes que ofrece la establecida por nuestro Código de Procedimiento Civil, tan ocasionada á continuos incidentes, interrupciones y demoras que

prolongan indefinidamente la duración de los juicios, con grave daño para los litigantes honestos, y para la brevedad de los pleitos, tan necesaria siempre, pero muy especialmente en materia administrativa.

Las legislaciones positivas, tanto de ese orden como las del derecho común, se han preocupado siempre de prevenir aquellos inconvenientes, estableciendo al efecto diversos temperamentos destinados á impedir los frecuentes abusos á que el mencionado recurso se presta.

Así por ejemplo; la actual ley española de lo contencioso-administrativo, establece como nuestro Código antes mencionado, que todas las sentencias confirmatorias de las apeladas impondrán las costas al apelante; y la legislación francesa siguiendo como la española el precepto de la ley procesal común, dispone que si bien los autos interlocutorios pueden ser objeto de una apelación especial, las alzadas contra los autos preparatorios sólo se podrá interponerlas conjuntamente con las de la sentencia definitiva (artículo 60 de la ley de 22 de Julio de 1889).

La experiencia ha demostrado que la sanción de las costas es completamente ineficaz, puesto que en nada contiene á los litigantes dispuestos á apelar de todo, que son generalmente los que nada están resuetos á pagar, ó los que nada tienen que perder. En ese sentido la nueva legislación española ha sido un completo fracaso, por las facilidades que ha dado para el alargamiento de los litigios con la Administración, privando así al procedimiento contencioso administrativo de la brevedad que le es tan esencial, y que la legislación antigua habia sabido asegurar en lo que de las apelaciones depende, estableciendo según lo hace constar Alfaro, que el mencionado recurso sólo procedería contra las sentencias definitivas, ó contra las interlocutorias cuando éstas impidiesen la continuación del pleito, y con tal de que el interés del litigio ó valor de la demanda no pudiese apreciarse materialmente, ó cuando pudiendo apreciarse, no fuese menor de dos mil reales.

Respecto de ese temperamento, observaremos que la ape-

lación es un medio importante de defensa cuya aplicación no debe regularse por el valor monetario de los asuntos, el cual lejos de estar siempre en armonía con la importancia relativa que dichos asuntos tienen para sus dueños, puede estar con frecuencia en razón completamente inversa. Por eso ha podido decirse con todo fundamento, que no hay intereses pequeños para los interesados, y que lo que monetariamente puede representar más, relativamente puede valer menos, según los momentos y las circunstancias personales del caso.

Tal es la razón por la cual no creemos que merezcan menos protección los pequeños intereses, ni que por eso deba limitarse el recurso de apelación á los asuntos de mayor cuantía.

El derecho de alzada debe, pues, acordarse en todos los casos contra las sentencias definitivas.

En cuanto á los autos interlocutorios no es posible establecer su apelación en los términos amplísimos establecidos por nuestra ley procesal común, por más que se amenace con las costas al apelante á quien una sentencia confirmatoria hubiese demostrado nuevamente lo infundado de sus pretensiones, amenaza que como ya hemos dicho en nada contiene las apelaciones abusivas.

Pero peca por el otro extremo el temperamento adoptado por la antigua legislación española que limitaba el recurso á los autos que impedían la continuación del pleito. Nos parece que es eso limitar demasiado la defensa sin beneficio alguno, porque como en seguida vamos á verlo, el fin que se persigue por ese medio puede conseguirse por otros igualmente eficaces. Además debe tenerse presente que las más comunes de las sentencias que impiden la continuación del pleito son por regla general las que resuelven las excepciones dilatorias, y siendo así se comprende que la apelación especial respecto de ellas puede tener cabida si se admiten artículos de incontestación, pero no cuando como nosotros lo hemos establecido, las excepciones tanto de forma como de fondo deben oponerse y resolverse conjuntamente.

Nosotros creemos que, como lo establece nuestra ley pro-

cesal, los autos interlocutorios deben ser todos apelables; pero reconociendo también que es necesario establecer una limitación contra los abusos á que el recurso se presta, pensamos que esa limitación debe estar en la fijación del momento en que el recurso pueda ser interpuesto. Á este respecto, seguimos á la legislación francesa en cuanto distingue los autos cuya apelación sólo puede ser interpuesta conjuntamente con la de la sentencia definitiva, y los que pueden ser objeto de una apelación especial é inmediata.

La cuestión se reduce ahora á determinar cuáles son los autos que se encuentran en uno ú otro caso. El artículo 452 del Código de Procedimiento Civil francés, incorporado aquél al procedimiento administrativo, establece que serán susceptibles de apelación especial los autos interlocutorios ó sean los que prejuzgan sobre el fondo, mientras que los que no estén en ese caso y que por lo mismo son autos meramente preparatorios, sólo pueden ser apelados con la alzada de la sentencia definitiva. La razón de esa diferencia está, dicen los comentadores de la disposición, en que los autos meramente preparatorios, como que nada influyen en la cuestión principal, no importa que se mantengan hasta el momento de la sentencia definitiva; pero no así los otros que, prejuzgando sobre el fondo, la parte puede tener interés en que sean revocados de inmediato á efecto de que no influyan sobre la decisión de lo principal.

Sin embargo, á pesar de la fuerza que aparentemente tiene la explicación que acabamos de exponer, nosotros no aceptaremos el criterio seguido por la legislación francesa. No lo aceptamos por dos razones: la primera porque es un criterio completamente vago y ocasionado por lo mismo á frecuentes incidentes y contradicciones, pues como según él no se trata de un prejuzgamiento expreso ni siquiera tácito, sino de descubrir el pensamiento que respecto al fondo del asunto puede ocultarse en un auto de simple procedimiento ó sobre un punto incidental, la existencia del prejuzgamiento se convierte así en una cuestión de cavilosidad, de suspicacia, de malicia; depende, en una palabra, de la subjetividad de los

litigantes, á lo cual se agrega todavía que hay autos que por su objeto lo mismo podrían ser interpretados en un sentido ó en otro, respecto del fondo del asunto.

Así por ejemplo: un vendedor reclama una demasía existente en el campo vendido; el comprador opone la prescripción de la acción, y el juez antes de fallar ordena la mensura de la propiedad. Este auto podría demostrar que el juez tendría la intención de fallar contra la excepción de prescripción, porque si pensase hacer lugar á ésta no tendría para qué averiguar si existían ó no las sobras reclamadas. Pero también pudiera ser que el juez se propusiese reforzar su fallo precisamente favorable á la excepción opuesta, y poder decir entonces que, la acción estaba prescrita y que por consecuencia procedía la absolución del demandado, tanto más cuanto que de las diligencias prácticadas resultaba que no existía el sobrante reclamado.

No es extraño, pues, que en tales condiciones el criterio que combatimos haya sido—como lo observan los comentadores de la ley procesal francesa,—una fuente permanente de numerosas contradicciones en la jurisprudencia.

La segunda razón es que, como no se trata de ningún prejuzgamiento claro y preciso, tácita ó expresamente hecho, sino de meras sospechas respecto de las probabilidades sobre lo que el juez dirá en cuanto al fondo del asunto cuando llegue el momento oportuno, el resultado es que ni lo que se llama prejuzgamiento importe cosa juzgada para la parte, ni importa tampoco manifestación alguna que comprometa la opinión del Juez en un sentido determinado; de donde surge la conclusión de que ningún perjuicio y mucho menos irreparable se ocasionaría á los interesados, estableciéndose que la apelación contra los autos interlocutorios aún en el caso del prejuzgamiento de que se habla, y que hemos visto que no lo es, se interpondrá conjuntamente con la de la sentencia sobre lo principal.

Rechazado por esas razones el criterio de la legislación francesa, nosotros establecemos que todos los autos interlocutorios, entendiendo por éstos lo que entiende nuestra ley

procesal, pueden ser apelados; pero agregamos que el recurso debe interponerse conjuntamente con el que se deduzca contra la sentencia definitiva, con excepción de las interlocutorias que de no quedar previa y definitivamente establecidas pudiesen perder su eficacia y resultar así frustráneas para cualquiera de las partes. Los jueces resolverán si la apelación procede en una ú otra forma; y contra la resolución que al respecto se dicte, si fuese contraria al apelante procederá el recurso de queja, puesto que en el fondo equivaldrá á la negación del recurso desde que en la forma en que se concede será completamente inútil.

En cuanto á las providencias de mero trámite, reconocemos que ningún inconveniente habría en que fuesen también apelables si la apelación se interpusiese con la de la sentencia, como lo establece la legislación francesa. Pero como la naturaleza de esas providencias no exige tal recurso, ni la experiencia ha demostrado entre nosotros que lo requiera la defensa, no vemos motivo suficiente para apartarnos del temperamento seguido por nuestra legislación común, al establecer para tales casos sólo el recurso de reposición

La apelación de las sentencias definitivas, y con más razón la de las interlocutorias cuando ella puede ser objeto de un recurso especial, debe ser siempre en relación. La naturaleza de estos juicios así como la tramitación habida primero en la vía administrativa y luego en la primera instancia de la judicial, permitiendo á las partes la discusión amplia y la justificación completa de sus derechos, hacen innecesaria una nueva instancia con todos los trámites y formalidades de la primera. La alzada se resolverá, pues, sólo con la vista de autos y las alegaciones verbales que los interesados deseasen formular, salvo el caso en que hubiese de producirse alguna prueba que hubiese sido indebidamente denegada en la instancia anterior, y cuya denegación hubiese sido apelada en tiempo.

Por lo general, tanto los autores como las legislaciones, enseñan que en esta clase de juicios la apelación tiene un solo efecto, que es el devolutivo.

"En materia administrativa, dice Batbié, la apelación no es suspensiva como lo es ante los tribunales ordinarios; y esa diferencia se explica porque se presume que los negocios administrativos son siempre urgentes, siendo por eso que la ley acuerda siempre la ejecución provisoria." Pero ya hemos visto en los capítulos anteriores que cuando la Administración considera que existen graves razones de interés público para proceder á la ejecución de sus decisiones, puede hacerlo sin perjuicio de la reclamación judicial. En tal caso á nada conduce decir que la apelación no tiene efecto suspensivo; y en el caso contrario, ó sea cuando la Administración no ve motivos para la ejecución inmediata de sus decisiones, no puede haber razón alguna de urgencia que justifique la ejecución de las sentencias apeladas.

Lo correcto es, pues, establecer que la apelación tiene efecto suspensivo porque la regla general y más conforme á la naturaleza de las cosas, es que no se dé cumplimiento á lo que está todavía en tela de juicio; no siendo la apelación sino el recurso judicial, lo que no tendrá el expresado efecto respecto de lo Administrativo cuando la Administración considere que no debe tenerlo.

La denegación de la apelación puede ser reclamada en el derecho común por medio del recurso de queja. No hay inconveniente en que lo mismo suceda en los juicios de que tratamos, en cuyo caso no ofrecerá la reglamentación de ese recurso ninguna particularidad de importancia.

No obstante, debemos observar que como la denegación de apelación sólo suele producirse respecto de las sentencias interlocutorias, y como la apelación de éstas por regla general debe interponerse conjuntamente con la de la sentencia definitiva, bastará en esos casos con que al apersonarse la parte en la segunda instancia pida que se le tenga por concedida también la apelación que le hubiese sido denegada.

El recurso de queja propiamente, quedaría así limitado á los casos que pueden ser objeto de una apelación especial.

Dada la organización jurisdiccional que hemos proyectado, la sentencia de segunda instancia debe de poner término al litigio. Cuando esa sentencia es confirmatoria de la apelada, su firmeza en nada modifica el principio del derecho procesal común, según el cual causan estado dos sentencias conformes. Pero no ocurre lo mismo cuando la resolución de la alzada en vez de ser confirmatoria revoca la de primera instancia. En ese caso sería una sola sentencia la que por fuerza de la organización jurisdiccional haría cosa juzgada, lo que podría decirse que disminuirá las garantías del apelado. No obstante, debe tenerse presente que la sentencia de segunda instancia, precisamente cuando es revocatoria ofrece especiales seguridades de acierto por el estudio que requiere el examen y refutación de la sentencia recurrida. Aparte de eso y para conciliar las garantías y la igualdad de la defensa con la brevedad de estos juicios que obliga á limitar á dos el número de las instancias, se acuerda al apelado el recurso de *revisión* que podrá interponer ante el mismo Tribunal de la alzada.

Además de los recursos que atacan directamente el fondo de las decisiones de los jueces, debe figurar también aquí el recurso de nulidad contra las actuaciones practicadas con omisión de los requisitos declarados por la ley indispensables para la validez de aquéllas. Las omisiones á los defectos legales que pueden dar lugar á la interposición de dicho recurso son, en general, las mismas que expresamente indica el artículo 676 del Código de Procedimiento Civil.

Como hay interés en que las faltas que causan nulidad sean subsanadas cuanto antes á fin de evitar las demoras que origina el traer el juicio al estado en que la omisión se produjo, debe ésta ser reclamada inmediatamente por medio del recurso de reposición; y si el reclamo no fuese entonces atendido, el recurso de nulidad se interpondría conjuntamente con el de apelación, ó con el de revisión, según se trate de faltas cometidas en primera ó segunda instancia. Se sigue, pues, también en esos casos, un temperamento análogo al in-

dicado por la ley procesal común, que procura por ese medio colocar al Tribunal de alzada en condiciones de poder revocar la resolución reclamada cuando creyese deber hacerlo, no obstante considerar que no existe mérito para anular lo anteriormente actuado.

Por último, no necesitamos decir que no tiene cabida en esta clase de juicios el recurso que nuestra ley procesal establece con el nombre de recurso extraordinario de nulidad notoria, y que en realidad no es sino una nueva apelación contra las sentencias de tercera instancia ó las segundas confirmatorias de las de primera.

En la jurisprudencia francesa existe otro recurso especial, llamado "recurso de casación en el interés de la ley", el cual puede ser ejercitado por los ministros ante el Consejo de Estado, con el objeto de combatir los errores que hubiesen prevalecido en un fallo, y restablecer así la verdadera doctrina legal.

A primera vista parece que hubiera conveniencia en adoptar ese recurso que se hace derivar del deber que tiene cada ministro de velar por el cumplimiento de las leyes en lo que á su departamento se refiera; que se entabla cuando hay fallos inapelables para las partes y sin perjuicio de los derechos que á aquéllas acuerda la cosa juzgada; con un alcance puramente doctrinario, sin otro fin. dice Aucoc, que dar una enseñanza doctrinal á las jurisdicciones inferiores, y que por lo tanto sin perjudicar á nadie puede producir el beneficio de dar á conocer el verdadero sentido de los preceptos legales, procurando así el acierto, la unidad y consiguientemente el prestigio de la jurisprudencia.

Pero desde luego es de observarse que la facultad que tienen los ministros de velar por el cumplimiento de la ley, es tan sólo en el orden administrativo, pero no en el judicial, en el cual dicha función es de incumbencia de los tribunales. En segundo lugar, nada garante que la verdadera doctrina de la ley sea la del ministro y no la que hubiese prevalecido en el juicio; lejos de eso tendría más probabi-

lidades de serlo la segunda como la más desinteresada é imparcial. En tercer lugar, suponiendo que la doctrina ministerial fuese la de la ley y la que prevaleciese también en el Tribunal de Casación, el fallo de éste sólo tendría un valor meramente ilustrativo, pero sin fuerza obligatoria alguna, puesto que no la tendría en la causa en que hubiese sido dictado, pues que según hemos visto el recurso se da sin perjuicio de la cosa juzgada; ni lo tendría en los demás juicios, porque los jueces no pueden, sin invadir las funciones del legislador, interpretar las leyes de un modo generalmente obligatorio; como ha dicho Gianquinto, las sentencias son actos de jurisdicción pero no de soberanía.

Por tales razones no seguiremos tampoco á la jurisprudencia francesa en el establecimiento del recurso á que hemos aludido, y creemos, en conclusión, que lo único que á los ministros corresponde hacer en defensa de las disposiciones por cuyo cumplimiento están encargados de velar, es aclarar cuando está en su resorte hacerlo, ó gestionar del Cuerpo Legislativo la aclaración de aquellas disposiciones que por su ambigüedad ó sentido oscuro, diesen lugar á interpretaciones erróneas por parte de los jueces y en perjuicio de la Administración ó de los intereses públicos puestos al cuidado de aquélla.

La enseñanza doctrinaria que se busca mediante la interpretación dada al derecho positivo por los fallos judiciales, puede hallarse, sin necesidad de rectificaciones expresas, en la publicidad y el estudio de esos mismos fallos que, después de todo, no tienen más valor ni más fuerza racionalmente obligatoria que la que resulte de la exactitud de las razones que los funden, pues como muy bien lo ha dicho Laurent criticando el valor absoluto que algunos pretenden dar á la jurisprudencia, tanto valen los precedentes cuanto valen sus motivos, pero absolutamente nada más.

SECCIÓN TERCERA

Hasta ahora hemos tratado del procedimiento limitado á sus términos más estrictos, es decir, en cuanto se refiere á la iniciación, discusión y decisión puramente de la cuestión principal.

Pero durante la tramitación de los juicios pueden suscitarse cuestiones incidentales que, á pesar de ser distintas de la fundamental, tienen con ésta una relación más ó menos estrecha, al punto de que, en muchos casos, necesitan una resolución previa; y en algunos, una vez resueltas, hasta pueden poner término á la cuestión principal.

Las leyes procesales, tanto en materia administrativa como de derecho común, legislan especialmente sobre algunos incidentes; y dada la imposibilidad de preverlos todos, establecen disposiciones generales para la tramitación de los demás que puedan presentarse. Debiendo seguir nosotros ese precedente perfectamente racional, examinaremos aquí los puntos capitales que en la reglamentación general deben preverse, y las cuestiones más fundamentales de la especial á los incidentes de ocurrencia más común ó de objeto más conocido y precisable.

§ I

SUMARIO:—Reglas generales de los incidentes.—Cuestiones que pueden promoverse con carácter incidental.—Criterio del derecho común.—Necesidad de restringirlo en materia administrativa. Ejemplos de otras legislaciones.—Cuestiones que no tengan carácter incidental.—Diversas clases de incidentes.—Cuestiones de pronunciamiento especial y de pronunciamiento previo.—Criterio del derecho común.—Por qué no se acepta.—Cuál debe seguirse.

Ante todo, es necesario determinar cuáles son las cuestiones que pueden promoverse con carácter incidental; lo es para los que interrumpen la tramitación de lo principal, y lo es también para los que pueden tramitarse por separado, pues de lo contrario, habría un medio muy fácil de interponer y tramitar con las formalidades especiales de tales, verdaderas acciones principales.

La necesidad que mencionamos es reconocida aún en el derecho procesal común, y es aún más evidente en los juicios administrativos. El artículo 746 de nuestro Código de Procedimiento Civil establece que son incidentes las cuestiones que se suscitan durante la tramitación de un pleito, y *tienen alguna conexión con el objeto principal.* Pero en materia administrativa la ley debe ser más restrictiva y establecer que, no toda cuestión que de cualquier manera se roza con lo principal constituye un incidente, sino que es menester que exista entre ambas una relación inmediata y necesaria, no bastando para el efecto, una relación simplemente ocasional. Aún en el derecho procesal común, otras legislaciones, como la española, tienen esa misma exigencia, como puede verse en el artículo 742 de la nueva ley de Enjuiciamiento Civil, que ha sido reproducido en el 173 del Reglamento General de la Ley de lo Contencioso administrativo: "Dichas cuestiones para que puedan ser calificadas de incidentes, deberán tener relación inmediata con el asunto principal que sea objeto del litigio en que se promuevan ó con la validez del procedimiento".

Y claro está que, limitadas en esa forma las cuestiones que legalmente podrían promoverse como incidentales, es también necesario establecer cuál será la suerte de las que no se hallasen en ese caso. A este respecto el artículo 174 del Reglamento citado establece que los tribunales repelerán de oficio los incidentes que no se hallen en ninguno de los casos del artículo anterior, no dándose contra esa providencia más recurso que el de reposición, sin perjuicio de que pueda reproducirse la petición en segunda instancia; y no agrega la ley, porque sería innecesario que lo hiciera, que sin perjuicio también de que la pretensión se deduzca en la forma correspondiente. Esta disposición, al mismo tiempo que establece los medios más expeditivos de evitar que se perturbe la regularidad de los procedimientos con cuestiones ajenas al asunto que se debate, garante el derecho de las partes contra el error ó la arbitrariedad de los Jueces, dando á aquéllas el medio de hacer valer sus pretensiones en cualquiera de las dos formas indicadas.

Otro punto fundamental á resolver es el relativo á las distintas clases de incidentes y los efectos de las de cada una de ellas.

La ley procesal común distingue las cuestiones que son solamente de pronunciamiento *especial*, y las que además son de pronunciamiento *previo;* las primeras que pueden y deben ser tramitadas en pieza separada y resueltas con entera independencia de lo principal, y las segundas que deben ser resueltas en los mismos autos principales, impidiendo entre tanto la prosecución del juicio en lo fundamental.

Esta clasificación que en el orden civil tiene por objeto limitar las cuestiones que por su carácter previo complican la tramitación y demoran la terminación de los juicios, es de marcada aplicación en el orden administrativo, caracterizado por la brevedad de los procedimientos.

Es cierto que al tratar de las excepciones dilatorias dijimos que, por regla general, no deben haber en esta clase de juicios artículos de *pronunciamiento previo;* pero también es verdad que en seguida observamos que esa regla no es absoluta, sino que tiene sus excepciones, y en lo que á las de forma se refiere, las tiene respecto de aquellas que resueltas conjuntamente ó al tiempo de las perentorias, perderían su utilidad ó su razón de ser, como sucedería, por ejemplo, con la excepción fundada en la falta de arraigo; artículos que, por esa circunstancia, deben ser realmente de *incontestación.*

Pues bien; otra excepción análoga debe también establecerse con respecto á ciertas cuestiones que, si bien no pueden constituir artículos de incontestación por no permitirlo el estado del juicio, requieren, sin embargo, un pronunciamiento previo, dada la influencia que ellas pueden ejercer sobre el fallo de lo principal. Debe tenerse presente, no obstante, que entre las cuestiones que están en ese caso, hay algunas cuyo pronunciamiento debe hacerse de inmediato, porque, de lo contrario, perderían todo su interés, como ocurriría, por ejemplo, con los incidentes de recusación, y otros cuyo pronunciamiento pudiendo hacerse en el momento de la

sentencia definitiva, debe reservarse para entonces, por evitarse así las demoras que ocasionaría su resolución inmediata, demoras que podrían resultar de cierta consideración si fuesen varios los incidentes producidos durante la tramitación del juicio principal.

Dicho está con esto, que no seguimos el criterio de nuestra ley procesal común, cuando en su artículo 749 establece que son artículos de pronunciamiento previo aquellos sin cuya previa resolución es absolutamente imposible de hecho y de derecho continuar sustanciando la causa, y no lo seguimos por varias razones; una, porque no se ajusta á la distinción que acabamos de establecer sobre los casos de pronunciamiento más ó menos inmediato, distinción que tiene su importancia, desde que por ella se consigue evitar demoras inútiles que perjudicarían á la brevedad del procedimiento; segundo, porque el fundamento de la imposibilidad absoluta de que habla el artículo citado es inexacto, pues esa imposibilidad existirá ó no, según el sentido en que el incidente sea resuelto, de manera que, lo único que podría saberse de antemano, sería cuáles son las cuestiones que podrían producirla, pero no las que forzosa y absolutamente la producirán; habría, pues, por lo menos, que modificar en ese sentido el criterio de la ley: y tercero, porque ese criterio aparentemente de tanta precisión y exactitud es en la práctica ocasionado á confusiones, á tal punto que las mismas legislaciones que lo siguen, han hecho de él aplicaciones notoriamente falsas. Así, por ejemplo, lo sigue el Reglamento de la ley española de lo Contencioso administrativo (artículo 176) y la propia ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 745; y ambas disposiciones establecen como casos de aplicación de aquel principio, las cuestiones relativas á la nulidad de actuaciones ó de alguna providencia, y á la personalidad de cualquiera de los litigantes por hechos posteriores á la contestación de la demanda;—y es claro como la luz del día, que la falta de resolución inmediata de esas cuestiones no imposibilita, y mucho menos en absoluto la prosecución del juicio, pues bien pueden ser objeto de pronunciamiento en la sentencia sobre lo principal.

Por estas consideraciones, nosotros establecemos que los incidentes que no influyan sobre lo principal se seguirán separadamente; y que en el caso contrario se sustanciarán en los mismos autos, debiendo ser de apreciación ó de pronunciamiento previo inmediato ó no según la regla que hemos indicado, y sin perjuicio de ser sustanciados según fuesen promovidos, como sucede, por ejemplo, en los mismos juicios ordinarios con los incidentes de tachas. Esa sustanciación en los incidentes que no tuviesen otro procedimiento especialmente indicado se hará en la misma forma que lo principal, siendo los plazos de la mitad de los señalados para ese último caso.

Hechas estas indicaciones de carácter general, vamos á examinar ahora los puntos fundamentales que ofrece la reglamentación de los incidentes de más frecuente apreciación, ó de objeto concreto más conocido.

§ II

SUMARIO:—Recusación de los jueces administrativos.—Su indiscutibilidad en el sistema belga italiano—Por qué no es admitido en el sistema francés.—Irrecusabilidad de los funcionarios administrativos; su fundamento.—El derecho de excusación.—Casos en que los jueces administrativos no pueden ser recusados.—Ejemplo de las Juntas Calificadoras establecidas por el Código Militar.—Observación de Aucoc.

El derecho de recusar los jueces administrativos es hoy universalmente reconocido. No es ni jamás ha podido ser objeto de duda en el sistema belga-italiano que nosotros hemos adoptado; y los países de sistema francés en donde ha sido discutido durante mucho tiempo, han concluído por incorporarlo á su legislación positiva, como lo ha hecho la Francia en el artículo 41 de la ley de 22 de Julio de 1889, por el cual se declaran aplicables al Consejo de Prefectura las disposiciones del Código de Procedimiento Civil sobre recusación de los jueces, y lo había hecho anteriormente respecto de los miembros del Consejo de Estado. Tal es el dominio con que se impone á todos los espíritus la necesidad de

asegurar en los que administran justicia, esta gran condición de la imparcialidad, que es la base de la rectitud de sus fallos, y sin la cual todas las garantías desaparecen, porque como muy bien se ha dicho, donde la magistratura puede ser sospechada, la paz pública se encuentra permanentemente amenazada.

Dos hechos principales actuaban en el sistema francés de lo contencioso administrativo, para hacer discutible el derecho á que nos referimos, en ausencia de disposiciones expresas que lo consignaran. Uno de ellos era que, como se recordará, hasta 1872 el Consejo de Estado no tenía sino jurisdicción retenida, era en ese sentido más bien un asesor que dictaminaba y cuyos dictámenes debían ser aprobados por el Jefe del Poder Administrador, que un tribunal doctado de jurisdicción propia. Esto es lo que hacía decir á Cormenín: "Es dudoso que el Consejo de Estado aplique en toda su extensión los principios de recusación establecidos por el Código de Procedimiento Civil, pues tal aplicación implicaría que los Consejeros de Estado son verdaderos jueces, lo que no es admisible". Como se comprende, la observación era exacta en la época en que se la formulaba, pero dejó de serlo desde que el citado Consejo obtuvo por la ley del 72 un verdadero poder de jurisdicción propia en materia contenciosa.

Era efectivamente cierto que los miembros del Consejo de Estado no siendo realmente jueces sino funcionarios administrativos, no podían ser recusables. No lo son los funcionarios de ese orden, porque la imparcialidad, que es condición esencial en el magistrado llamado á apreciar el derecho de cada uno en lucha con su contendor, á ampararlo en la propiedad injustamente disputada por su contraparte, no lo es, ó por lo menos, no lo es en igual grado en el funcionario administrador, llamado á servir directa y principalmente los intereses públicos, que inspira sus actos en las conveniencias de esos mismos intereses apreciados con la amplitud de criterio que las leyes le acuerdan y que le es indispensable para el cumplimiento de su cometido; y menos razón de ser

tiene, desde que si en el desempeño de esas atribuciones pudiera inferir algún agravio á los particulares, privándolos ó despojándolos de su derecho, estarían después los jueces para amparar esa propiedad, para reintegrar ese derecho indebidamente lesionado.

Por otra parte, ¡cuántos obstáculos se presentarían á la acción administrativa si fuese dado promover incidentes de recusación contra los miembros y agentes del Poder Administrador, sino desde el Presidente de la República, recusación que á nadie se le podría ocurrir, desde los Ministros hasta los últimos jefes de oficina! En este sentido, es perfectamente exacto lo que con menos razón decía Cormenin para demostrar la irrecusabilidad de los miembros del Consejo de Prefectura· "ellos no deben abstenerse por causa de recusación, porque de lo contrario, la Administración cuya marcha debe ser rápida, se vería sin cesar paralizada por el interés, las pasiones, el capricho ó las amenazas de los particulares".

Es del caso observar, sin embargo, que la irrecusabilidad de los funcionarios de la Administración, no quiere decir que no puedan excusarse; lejos de eso, pueden y deben hacerlo cuando su interés personal esté en pugna con sus deberes oficiales, cuando pueden excusarse sin perjuicio del servicio público, con autorización de sus superiores, y con tal de que la excusación sea una verdad y no una pura mistificación, como lo es, por ejemplo, cuando un Ministro adopta una resolución en asunto que le interesa particularmente, ó hace un nombramiento en persona allegada, y luego, por razones de delicadeza, se excusa de suscribir el decreto, el cual es refrendado entonces por otro Secretario de Estado.

Pero, volviendo á la recusación de los jueces, hoy es universalmente reconocido el derecho de hacerla, ya se trate de tribunales administrativos ó judiciales; y se reconoce á tal extremo que la jurisprudencia francesa ha admitido en materia administrativa, la *declinatoria del tribunal* que los artículos 638 y siguientes establecen para los casos en que una de las partes sea parienta de dos ó más miembros del cuerpo colegiado que debe fallar su causa.

La recusabilidad de los funcionarios judiciales en materia administrativa, tiene, no obstante, una excepción en los casos en que la ley quiere que los funcionarios sospechables sean los que hagan de jueces, y lo quiere precisamente por la circunstancia que los hace sospechosos. Así, por ejemplo, nuestro Código Militar establece que el Tribunal que conocerá de los reclamos contra las requisiciones indebidas de servicio militar estará constituído en primera instancia por varias personas, entre las cuales figuran el Jefe Político, el de la Guardia Nacional y el Médico de Policía, y en segunda instancia exclusivamente por el Ministro de la Guerra. Es evidente que esos jueces ninguna garantía de imparcialidad ofrecen, lejos de eso, bien sospechables son, y lo son precisamente en razón del cargo que desempeñan; pero como en virtud de desempeñarlo es que figuran en el expresado Tribunal, no podrían ser recusados por aquella circunstancia.

Sería el caso de aplicar aquí lo que expresa Aucoc en los siguientes términos:

"El legislador ha querido hacer participar del ejercicio de la justicia administrativa á los agentes de la Administración, y sería ir contra el espíritu de la ley recusar, por ejemplo, al Prefecto, fundándose en que él hubiese firmado el contrato sobre el cual se discute ó la decisión que se ataca. A menos de disposición expresa, la recusación no podría ser invocada contra los miembros de la jurisdicción administrativa, sino cuando fuesen sospechables por causas independientes de sus funciones, como sería, por ejemplo, el parentesco".

§ III

Sumario:—Contiendas de jurisdicción.—Causas que las motivan en el derecho procesal común.—Si existen en el procedimiento administrativo.—Medios de promover las cuestiones de competencia en el derecho comun.—La declaratoria y la inhibitoria.—Si se aplican igualmente en materia administrativa. Ejemplos de otras legislaciones.—Temperamento que debe adoptarse.

Las contiendas de jurisdicción, entendiendo por tales las que se producen entre los tribunales del orden judicial, son

raras si no imposibles en materia administrativa, pues no existen aquí las causas que las motivan en el derecho procesal común.

Esas causas son principalmente dos; una el haber asuntos que son realmente de carácter jurisdiccional dudoso, y otra el existir prórroga tácita de jurisdicción, determinada por hechos que pueden ser distintamente apreciados. Pero en materia administrativa nada de eso existe.

Aquí el criterio que sirve de guía para establecer la competencia de los juzgados y tribunales en todos los juicios en que la Administración es parte, es perfectamente claro y preciso, de manera que es racionalmente imposible en esa clase de juicios toda cuestión de competencia por razón de la materia. Entre un juez de comercio y otro de lo civil puede discutirse á cuál le corresponde el conocimiento de un asunto dado, pues son muchos los de carácter jurisdiccional dudoso ó discutible. Pero establecido que en todo juicio en que la Administración intervenga ya como actora ó como demandada es de la competencia de los Tribunales administrativos, no puede existir al respecto duda alguna, de manera que fundadamente tampoco puede haber ningún Tribunal de otro orden que discuta á aquéllos la competencia que la ley les da.

Y si es claro y preciso el criterio seguido para fijar la competencia por razón de la materia, no lo son menos las reglas establecidas para determinar la competencia de los diferentes Tribunales y Juzgados comprendidos en la organización general que de las jurisdicciones administrativas hemos proyectado en la primera sección de este capítulo.

Tampoco puede haber aquí dudas ni debates sobre si tales ó cuales hechos constituyen ó no prórroga expresa ó tácita de jurisdicción. Las jurisdicciones administrativas están establecidas en la forma que mejor consulta el interés de las partes y mejor garante la acertada y expeditiva administración de la justicia, y en tal concepto son de orden público y por consiguiente improrrogables. En los juicios que ante ella se ventilan por el hecho de figurar la Administración como parte, hay siempre un interés público en juego,

interés protegido por aquella organización jurisdiccional, de manera que no puede producirse nunca el caso frecuente en la materia procesal común, de que por no estar comprometidos sino intereses meramente privados, puedan sus dueños apartarse de la jurisdicción establecida por la ley.

Es de creerse, pues, que la aplicación de reglas de competencia tan claras y precisas no ofrecerá dificultad ni confusión alguna; que por consiguiente, en la práctica las jurisdicciones establecidas serán perfectamente observadas y mantenidas, y que si á pesar de aquella precisión y claridad algún principio de desconocimiento tuviesen, dada la sencillez del caso, la extralimitación ó la invasión de atribuciones serían fácil y completamente salvadas mediante una simple *declinatoria*.

Después de todo es sabido que aún en el derecho procesal común otras legislaciones, si bien establecen que las cuestiones de derecho pueden promoverse por *inhibitoria* ó por *declinatoria*, disponen á la vez que no podrá usarse de ambos medios conjunta ni sucesivamente, á fin de evitar así, dice Caravantes, la multiplicación de los procedimientos y los abusos é inconvenientes á que daba lugar la práctica contraria, al amparo de la cual cuando un litigante había sido vencido en la declinatoria ó preveía que iba á serlo, proponía la inhibitoria, con lo que volvía á ponerse en tela de juicio cuestiones ya decididas, arrancándose á veces fallos contradictorios con desprestigio de la magistratura. En el caso, pues, de optar por uno de los dos medios indicados, preferimos el de la declinatoria por ser el que en razón de su brevedad más se armoniza con las condiciones del procedimiento administrativo.

Es cierto que la misma legislación española á que acabamos de referirnos admite la inhibitoria para cuando no se hubiese opuesto la declinatoria dentro del término para todas las dilatorias en general. Pero la verdad de las cosas es que si, aún vencido ese término puede discutirse la competencia, no hay para qué cambiar de temperamento, y lo mejor es entonces establecer como lo hace la ley procesal

francesa, que la incompetencia por materia puede ser opuesta en cualquier estado de la causa (artículo 170), máxime desde que como ya lo hemos establecido, dicha excepción como todas las de forma deben fallarse al tiempo de la sentencia definitiva.

§ IV

Sumario:—Acumulación de autos.—Razones que la explican en el derecho común.—Si existen también en materia administrativa.—Casos á que ha sido limitada por la legislación española de lo contencioso administrativo.—Su inutilidad en esas condiciones.—La acumulación facultativa para los jueces.

La acumulación de autos no es aplicable á los juicios en materia administrativa.

Desde luego no lo es en la forma amplísima establecida por nuestro Código de Procedimiento Civil, la cual permite que se acumulen autos seguidos ante distintos jueces y ante distintas instancias. Lo primero puede admitirse cuando existen varios jueces que son igualmente competentes, como ocurre aquí en la capital con los señores jueces de lo civil: pero esa circunstancia no se produce en materia administrativa, en la cual no hay sino un solo juez ó tribunal competente, y cuando ambos lo son en unos mismos asuntos su competencia es en grado diferente, puesto que uno la tiene en primera instancia, y el otro sólo en segunda, lo que hace también imposible la acumulación de los juicios que ante uno y otro se sigan. Aún en materia procesal común, otras legislaciones prohiben la acumulación de juicios que se hallen en distintas instancias; y lo prohiben porque ella perjudicaría la pronta y fácil administración de justicia, paralizando el juicio más avanzado hasta que el otro llegase al mismo estado, y también porque ella podría dar lugar á que el litigante que temiese perder la última instancia iniciase un nuevo pleito sin más objeto que impedir ó dificultar la terminación definitiva del primero. Y, como se comprende, esas razones cuyo valor nadie puede desconocer, lo tienen aún mayor tratándose de juicios administrativos.

La acumulación quedaría así limitada á las causas que se sigan ante el mismo juez ó tribunal, que se hallen en una misma instancia, y aún no conclusas para sentencia, pues si esto último no sucediera, habría un medio fácil de notar el principio fundamental que prohibe toda alegación después de estar citadas las partes para definitiva. Tales son, en efecto, los términos en que ha establecido la acumulación la legislación española de lo contencioso administrativo, la cual exige aquellas tres condiciones para el único caso de acumulación que ella admite, y que es cuando "los recursos se hayan interpuesto contra la misma resolución administrativa ú otra que la reproduzca ó la confirme".

Pero la verdad es que en esos términos la institución á que especialmente nos referimos pierde toda su importancia y su razón de ser, pues además de quedar extremadamente reducidos sus casos de aplicación, desaparece por completo el motivo fundamental, la razón de orden público que la justifica y que no es otra que evitar las contradicciones en los fallos judiciales y el descrédito que de ellas puede resultar para la Administración de Justicia. Esas contradicciones son posibles cuando causas idénticas y relacionadas entre si han de ser falladas por distintos magistrados; siendo por eso que la acumulación tiene su mayor importancia y utilidad precisamente en el supuesto que acabamos de indicar. Pero el inconveniente que se teme no existe en la hipótesis contraria; y siendo así, establecer la acumulación en esos casos es dar lugar á incidentes sin beneficio alguno para nadie, y lejos de eso con perjuicio de los que deben esperar á que todos los juicios estén en estado de sentencia, y de los que habiendo podido desistir si las sentencias primeramente dictadas les hubiesen convencido de lo infundado de su reclamación ó de la inutilidad de ésta dada la doctrina imperante en los tribunales, tienen no obstante que seguir el juicio á la espera de una sentencia que los resuelva todos.

En el mejor de los casos las ventajas de la acumulación en materia administrativa son tan escasas y esas mismas tan dudosas ante la necesidad de la pronta expedición de estos

asuntos, que las legislaciones que la admiten no la establecen como un derecho de los litigantes sino como una facultad de los jueces, quienes pueden concederla ó no según consideren que ofrece ó no inconvenientes en el caso. Así lo establece la jurisprudencia francesa según lo observa Chauveau; y algo semejante sucede en la legislación española, la que además de reducir la acumulación en los estrechos límites que anteriormente hemos dicho, establece que el Tribunal ante el cual la mencionada medida se solicite, la sustanciará con un traslado, y la fallará *sin ulterior recurso.*

Nosotros, no obstante, por las razones anteriormente expuestas, insistimos en que la institución de que tratamos debe ser suprimida en materia administrativa.

§ V

SUMARIO:—Desistimiento.—Su alcance en materia administrativa.—Por qué es mayor que en el derecho común.—Doctrina de Dufour.—¿El desistimiento es obligatorio ó facultativo para la parte contraria?—¿La Administración puede desistir?—Doctrinas de Chauveau y de Serrigny.—Solución que se acepta.

El desistimiento tiene en materia administrativa mayor alcance que en el derecho procesal común. En éste, según lo establece el artículo 528 de nuestro Código respectivo, y á menos que otra cosa se haya dicho expresamente, el desistimiento deja las cosas en el mismo estado que tenían antes de la demanda, es decir, que es una renuncia de la acción ó del procedimiento seguido, pero *sin perjuicio del derecho* que hubiese dado mérito á esa acción ó á ese procedimiento. El desistimiento tiene, pues, en ese caso el mismo efecto que la perención, siendo la única diferencia entre aquél y ésta que el primero se produce por voluntad de las partes, y la segunda por disposición de la ley.

En materia administrativa, y según la doctrina generalmente admitida, el desistimiento abarca los dos extremos que acabamos de indicar, lo que M. Dufour en su "Traité de Droit Administratif", justifica en los siguientes términos: "La juris-

prudencia administrativa no admite que el desistimiento pueda aplicarse solamente á la instancia y con reserva del derecho que la haya motivado. No conviene á la simplicidad y á la rapidez de las formas ante los tribunales administrativos, dejar á la parte la posibilidad de volver sobre sus pasos para abandonar un falso camino; autorizar la renuncia de una acción mal entablada para intentar otra más regular. Semejante recurso debe quedar tan sólo para el procedimiento civil. Todo desistimiento extingue para siempre el procedimiento administrativo".

Cuando el desistimiento se hace en segunda ó tercera instancia importa el consentimiento de la sentencia apelada. En este precepto las dos legislaciones coinciden por completo. Consentir la sentencia apelada, es dar por concluído el procedimiento, sin la menor posibilidad de poder volver sobre lo que la sentencia consentida ha resuelto. Es, pues, el alcance que explican y justifican las palabras de Dufour que antes hemos transcripto.

El efecto del desistimiento tiene otra faz importante, y es con respecto á su carácter obligatorio para la parte contraria.

En el derecho común se discute si el desistimiento formulado por una de las partes es obligatorio para la otra,—cuestión que debe ser resuelta negativamente cuando aquél se limita al procedimiento seguido y deja subsistente la posibilidad de una nueva acción sobre lo mismo. Pero la solución opuesta se impone cuando la renuncia es pura y simple, sin cargo ni condición alguna y con el alcance absoluto que tiene en materia administrativa y que también puede tenerlo en el derecho común. En esas condiciones y mientras los gastos del pleito sean de cuenta del que desiste, no puede la parte contraria negar su aceptación, desde que ningún interés legítimo puede tener en la continuación del pleito.

Precisados así los efectos del desistimiento en materia administrativa, la otra dificultad á que aquel acto puede dar lugar es la de saber hasta qué punto pueden los agentes de la Administración realizar aquel acto judicial que impone al Estado ciertas obligaciones, ó si por el contrario los men-

cionados agentes están en el deber de llevar el juicio hasta sus últimos límites después de haber agotado todos los recursos legales.

Chauveau estudiando esta cuestión la resuelve en los siguientes términos: "Puede ser que pudiera llegarse hasta sostener que en materia inmobiliaria los ministros no pueden ni desistir, ni consentir, ni transigir, y que sólo la ley puede autorizar semejantes actos. Esto sería rigurosamente lógico. Yo debo reconocer, sin embargo, que es de jurisprudencia constante que los ministros deben administrar los asuntos del Estado como buenos padres de familia, como lo dice M. de Cormenin; ellos pueden, sin la intervención del Poder Legislativo, abandonar total ó parcialmente una mala causa. Los ministros consienten diariamente en remisiones, en reducciones, etc. Por otra parte se debe tener muy presente que nada impide á los ministros no defender una acción, y dejar así extinguir los derechos del Estado, del más perentorio de los modos".

Seguramente no es esta última consideración la que nos induce á aceptar la solución indicada en las palabras que acabamos de transcribir, pero estamos conformes con esa solución por las razones que otras veces hemos aducido en apoyo de los derechos de la Administración para transar, acto este en el fondo enteramente análogo al desistimiento de la acción y al consentimiento de las sentencias dictadas, los cuales en razón de esa analogía deben regirse en cuanto á la capacidad de la Administración para efectuarlas, por los mismos principios de la transacción.

"En vano se objetaría, dice Serrigny en apoyo de esa misma doctrina ("Traité de l'Organisation, de le competence et de le Procedure") que el ministro no tiene la libre disposición de los derechos del Estado, pues el mandato que le es dado, comprende el derecho de asentir á todo juzgamiento, como expresamente resulta del artículo 3.º de la ley de 28 brumario año VII." Pero aún sin una ley que expresamente consigne el derecho á que el autor se refiere, así como el de transar, de que antes de ahora hemos hablado, debemos con-

siderarlos existentes aunque con las limitaciones que resulten de las demás leyes en vigencia; y debemos considerarlos así porque ellos corresponden por su naturaleza al ejercicio de las funciones que la Administración tiene á su cargo. Y como la Administración no tiene otros medios de manifestarse que los actos de sus agentes, de ahí que el mandato de éstos comprenda implícitamente la facultad de hacer todo lo que convenga á los fines y los intereses de aquélla, sin que sean forzosamente aplicables al caso los principios que en el derecho común limitan la acción de los administradores de bienes privados. Es esto tan exacto, que hasta el mismo Código Civil establece en su artículo 436 que la administración y enajenación de los bienes del Estado se rigen por leyes especiales. Es cierto que hasta ahora esas leyes no se han dictado entre nosotros; pero no lo es menos que los jueces llamados á suplirlas de acuerdo con las reglas generales establecidas en los artículos 15 y 16 del mismo Código, estarían obligados á tener en cuenta la especialidad que el citado artículo 436 establece respecto de los principios que deben regir los actos á que dicha disposición se refiere.

§ VI

SUMARIO:—Caducidad de la instancia.—Motivos alegados para no admitirla en materia administrativa.—Razones que aconsejan la solución contraria.—Efectos de la caducidad.—Motivos por los cuales en materia administrativa extingue también los derechos.—Plazo de la misma.

La perención ó caducidad de la instancia, es otro de los medios establecidos por la ley procesal común para la terminación de los juicios, cuya continuación queda prohibida cuando han estado paralizados por un largo período, revelador de un abandono que la ley, interesada en la pronta terminación de los pleitos, no ha podido menos que castigar imponiendo á las partes la mencionada prohibición.

Se ha discutido mucho si los principios de la caducidad de la instancia deben aplicarse en materia administrativa, y

la cuestión ha sido resuelta negativamente por la jurisprudencia francesa y la generalidad de los autores de la misma nacionalidad.

Se alega como fundamento de esa solución, dice Chauveau, que como los procedimientos son más breves y más expeditivos ante los Tribunales administrativos que ante los judiciales, no hay necesidad de aplicar por analogía las reglas del procedimiento civil. Esta razón, como se ve, no es de doctrina sino de oportunidad, y lo único que ella puede demostrar es que los principios de la caducidad son de escasa aplicación á los juicios de que tratamos; pero no que les sean absolutamente inaplicables en razón de la brevedad que se invoca. Pueden dichos juicios prolongarse indefinidamente por abandono de las partes, como ocurrió en un caso que el mismo autor cita, y en que, habiéndose iniciado los procedimientos en 1816, terminaron recién en 1832.

No necesitamos decir que en presencia de ese ejemplo y algunos otros más ó menos análogos, Chauveau no acepta el argumento expuesto, pero sosteniendo no obstante la misma tesis, dice en su apoyo que la perención no procede porque no hay ley que la establezca, y porque no dependiendo siempre de las partes el que los asuntos marchen con la brevedad posible, no se les puede hacer responsables de los retardos que resultan de los propios trámites, á que está sometida la instrucción administrativa.

Nosotros reconocemos que los casos de perención, muy limitados en materia civil, lo han de ser menos en materia administrativa, pero es evidente que pueden producirse tanto en ésta como en aquella otra, y en previsión de esa eventualidad, es conveniente establecerla, pues si la caducidad es un medio de acelerar la tramitación de los pleitos, nunca será de aplicación más oportuna que en las contiendas administrativas. Como lo dicen Foucart y Serrigny, la brevedad que debe tener el procedimiento administrativo, es un motivo más para que el principio de la perención le sea aplicado.

La primera de las razones que en favor de la tesis contraria hemos visto aducida por Chauveau, como que está fun-

dada en la falta de ley expresa, carece de todo valor doctrinario; y en cuanto á la segunda, tampoco nada demuestra, porque si bien es cierto que nadie puede ser perjudicado por hechos ajenos, es decir, por las morosidades de la Administración, en nuestro caso concreto no lo es menos que no son esas lentitudes sino el abandono de la parte al no reclamar oportunamente contra ellas, y en no ejercer á tiempo y en favor de sus derechos la correspondiente acción conservatoria, serían esas omisiones perfectamente imputables al perjudicado por la perención, las que habrían dado mérito á ésta, de manera que jamás podría decirse que la caducidad de la instancia importaría imponer á los particulares las consecuencias de actos sólo imputables á la Administración.

En cuanto á los efectos de la caducidad, debemos hacer una observación análoga á la que hicimos respecto de los efectos del desistimiento en materia administrativa. Allí dijimos que el desistimiento en primera instancia no tan sólo anula el procedimiento sino que extingue también el derecho. Lo mismo y por igual razón tendríamos que decir de la caducidad, si no fuese que cuando ésta se produce, el derecho del particular se extingue no sólo por efecto de la perención, sino también por haber vencido el término para deducirlo, pues ya sabemos que el recurso judicial en materia administrativa sólo puede interponerse dentro de cierto plazo que ninguna causa puede ni debe suspender ni prorrogar.

Sólo agregaremos ahora sobre el punto que tratamos, que así como la brevedad de los pleitos y la necesidad de su pronta terminación es mayor en materia administrativa que en los juicios puramente civiles, así también el plazo para la caducidad de la instancia debe ser en el primer caso menor de lo que lo es en el segundo. Así lo dispone también la ley española, que en su artículo 95 establece el término de un año para la caducidad de los juicios administrativos, mientras que la ley de Enjuiciamiento Civil fija el de cuatro años para los pleitos que estuviesen en primera instancia, y dos para los que estuviesen en segunda.

§ VII

SUMARIO:—De las tercerías.—Tercerías coadyuvantes y tercerías excluyentes.—Críticas hechas á esa clasificación.—Sistema seguido por la legislación francesa.—La intervención y la oposición tercerista.—Decisión que se adopta.—La tercería coadyuvante; crítica hecha.—Casos en que puede deducirse y sus efectos.—La tercería excluyente.—Crítica hecha á esta institución por Chauveau.—Examen de sus fundamentos.—¿El demandante puede deducir oposición en los juicios seguidos por su mandatario?—¿La eliminación de ese derecho hace inútil la institución de que se trata?—Solución negativa de esas cuestiones.—Ejemplo de la propia legislación francesa.—Reglamentación de las tercerías excluyentes.—Propósitos á que debe responder.—Disposiciones tomadas al efecto por nuestra ley procesal común.—Necesidad de limitar la facultad de deducirla.—Temperamento seguido por la legislación española.—Tramitación de las tercerías.—Casos en que podrá hacerse en la misma causa principal, y casos en que ésta deberá seguirse con independencia pero sin perjuicio de aquéllas.

Y hablemos ahora de las tercerías.

El primer punto que á su respecto ocurre tratar es el de si deben ó no ser admitidas en esta clase de juicios.

La cuestión ha sido planteada por los que han dicho que no hay tercerías coadyuvantes, y por los que han sostenido que las tercerías excluyentes no sirven absolutamente para nada.

Dice el señor Reus y García en sus comentarios á la ley de Enjuiciamiento Civil, que las tercerías coadyuvantes deben desaparecer, porque cuando en un litigio se presenta un tercero sosteniendo las mismas pretensiones que cualquiera de las partes, lo que procede es que se una á aquel á quien rata de ayudar, y que unidos litiguen bajo la misma dirección, habiendo entonces un pleito de uno contra dos, pero no otra cosa.

Nos parece que la cuestión es puramente de palabra, pues desde que se reconoce al tercero el derecho á intervenir, y desde que se diga—como lo hace el artículo 522 de nuestro Código de Procedimiento Civil—que aquél se reputa por una misma persona con la parte coadyuvada y en tal concepto deben tomar la causa en el estado en que se encuentre, sin que pueda suspender ni hacer retroceder su curso ni alegar

ni probar lo que le estuviese prohibido al principal por haber pasado el término ó cualquier otro motivo; desde que exista acuerdo sobre esos dos puntos, decimos, no hay ninguna discrepancia fundamental entre la doctrina de nuestro Código citado y la que informa la observación del señor Reus que hemos recordado.

La única diferencia que entre una y otra se nota es que la de nuestra ley procesal después de consignar expresamente el derecho del extraño á intervenir en el juicio, le da un nombre especial que lo distingue de las partes principales de las cuales realmente algo se diferencia; y debiendo por esto darle una denominación especial, ninguna más apropiada que la de tercero coadyuvante.

En la legislación francesa, y tanto en el procedimiento administrativo como en el civil, se llama *tercero opositor* el que se presenta reclamando *de una sentencia* que le perjudica y que ha sido dictada en un juicio en que no se le ha oído ni citado; y se llama *interventor* al que se presenta *antes de la sentencia* defendiendo sus derechos en un juicio al que era extraño. Sin duda alguna esa clasificación es menos razonable que la nuestra, pues no hay motivo para dar distintas denominaciones ni hacer dos instituciones diferentes nada más que porque en un caso la acción se ejercita antes de la sentencia, y en el otro se ejercita después, siendo no obstante la misma, la acción ya coadyuvante ó ya excluyente ejercitada en uno y otro caso. Tampoco es apropiado dar una misma denominación como la de interventor á los terceros que se presenten deduciendo acciones distintas como la del coadyuvante y la del excluyente, y dársela nada más que porque uno y otro se presentan antes de la sentencia. Debiendo, pues, optar por una denominación genérica que exprese el carácter común de ambos extraños sin perjuicio de expresar también sus diferencias, ninguna cuadra mejor á la realidad de las cosas que la del tercerista con el agregado de coadyuvante ó excluyente.

Pero en fin, con ó sin denominación especial, la situación del tercerista coadyuvante debe preverse y reglamentarse,

pues responde á una acción que pueda tener su utilidad y que por lo mismo puede ser ejercitada, por más que en la práctica lo sea muy rara vez; y tanto más conviene reglamentarla, cuanto que esa reglamentación se reduce á la que indica el artículo 523 ya citado, y que en nada perjudica la marcha del juicio principal.

Pasando ahora á la tercería excluyente, es Chauveau el que tanto en sus "Lois de la Procedure Civile et Administrative" y en su "Code d'Instruction administratif" la ha tachado de inútil en la forma establecida por el Derecho Administrativo francés, y que es la misma indicada en el artículo 474 del Código de Procedimiento Civil de la misma nacionalidad, artículo según el cual, la parte perjudicada por una sentencia dictada en juicio en que no ha sido oída ni citada, pueda deducir contra dicha sentencia el recurso de tercero opositor.

La razón por la cual se considera inútil esa disposición se relaciona con los términos del artículo primitivo del proyecto. Se decía en él que la acción del tercero podría ser deducida por el interesado *que no hubiese sido llamado habiendo debido serlo,* agregándose no obstante que en el caso contrario, es decir, cuando la parte no hubiese debido ser citada, podría también accionar como tercero opositor si probaba que la sentencia dictada era el resultado del fraude, de la colusión ó del dolo. El alcance de la disposición era el siguiente según lo hacen constar Carré y Chauveau en la primera de las obras hace un momento recordadas: "Yo debía ser llamado, se me ha condenado sin oirme, yo puedo deducir oposición de tercero contra lo que ha sido hecho en mi ausencia violando las reglas más elementales de la equidad. Yo no debía ser llamado porque el demandado me representaba legalmente, yo puedo probar entonces que la sentencia no ha sido sino el resultado de la colusión, del fraude ó del dolo, y hacer anular así lo que ha sido hecho sin mi participación".

Pues bien; se dice que era precisamente esa segunda parte del artículo la que tenía verdadera importancia en

cuanto proporcionaba al tercero un medio eficaz de destruir la sentencia que pudiera perjudicarlo, no sólo por sus términos sino por serle perfectamente *oponible*, mientras que en la forma en que el artículo quedó definitivamente sancionado, su utilidad desaparece por completo, desde que sólo concede la acción especial de tercería al perjudicado que no ha sido representado ni oído ni citado, es decir, al que menos necesidad tiene de esa acción, puesto que no siéndole oponible la sentencia, siempre podría defender eficazmente su derecho en una acción principal.

Esa crítica no es del todo fundada. Hubo razón entonces, como la habría ahora, para no admitir el derecho de hacer oposición á la parte que se empieza por reconocer que no ha debido ser citada porque estaba debidamente representada. Habría contradicción en un precepto semejante. Por otro lado el fraude que pudiera cometer el representante en perjuicio de su representado, debe ser objeto de cuestión sólo entre éstos; pero en ningún caso lo hecho por el mandatario debe dejar de obligar al mandante respecto de su contrario, si el representante obró dentro de los límites de su mandato, por más que hubiese hecho mal uso de las facultades más ó menos amplias que le hubiesen sido acordadas. Establecer lo contrario, dar una acción directa al mandante para atacar la validez de la sentencia en el caso á que nos referimos, podría alguna vez ser muy equitativo, pero no sería lógico ni sería jurídico, y tendría el grave inconveniente de poner en peligro la estabilidad de los juzgamientos obtenidos de buena fe, por las facilidades que ofrecería para que mandantes maliciosos dificultasen la ejecución de lo resuelto, deduciendo oposiciones que en realidad no tendrían derecho á interponer.

Es cierto que reducido el alcance de la tercería á los términos que acabamos de indicar, que son los que fijó definitivamente el artículo 474 de la ley procesal francesa y son también los que resultan de los artículos 520 y 521 de la nuestra, no tiene ella mayor importancia en el sentido de que queda excluido el tercero que ha sido representado, y

el que no lo ha sido, que es el único al que le es permitido accionar, lo mismo podría defenderse sin la acción de tercerista, porque siempre tendría el medio de destruir á su respecto, la sentencia dictada sin su audiencia ni citación. Pero de que el alcance y la importancia de la disposición serían menores en esa forma, no quiere decir que desaparezcan por completo, pues la tercería aún así limitada, tiene siempre estas tres ventajas: primera, la de que en muchos casos puede producir el efecto de que se decidan dos litigios con una sola sentencia; segunda, la de permitir al tercero deducir su acción antes que el juicio principal esté definitivamente resuelto, y tercera, la de ofrecer á esos mismos terceros una vía más eficaz, expedita y segura que la de la acción principal, pues sucede precisamente en la propia legislación francesa, que deducida la tercería, no tratándose de inmuebles, los jueces pueden decretar la suspensión del cumplimiento de la sentencia, beneficio que no obtendría el tercerista si dedujese su acción en juicio expreso y separado.

No encontramos, pues, motivo suficiente para eliminar del procedimiento de los juicios administrativos, la institución de las tercerías excluyentes, que si bien serán de aplicación rara en ellas, son, sin embargo, de aplicación posible especialmente en materia de contratación. Lo que debe preocupar al legislador es el reglamentarla, de manera que ellas no sean un medio de perturbar la marcha regular de los juicios, de impedir su pronta terminación y de favorecer las chicanas de los litigantes de mala fe.

De algo de esto se ha preocupado ya nuestra propia legislación procesal común, en sus artículos 521, 524 y 525, los cuales, respectivamente, limitan la acción de tercería á los que tengan un interés propio positivo y cierto, establecen que al tercerista excluyente se le concederá en causa de hecho y en cualquier instancia un término de prueba que no podrá pasar del señalado por la ley y el que será común á todas las partes litigantes aunque hubiesen producido ya sus pruebas, toda vez que no esté conclusa la causa, y disponen por último, que la sentencia que se dicte, bien sea en favor

ó en contra de los terceros opositores, causará el mismo grado y los mismos efectos respecto de los terceros que el que cause respecto de los litigantes principales.

Nosotros vamos al mismo fin pero por un camino algo distinto. Reconocemos desde luego la necesidad de impedir que cualquier tercerista temerario se interponga en el juicio principal, pero en vez de decir como lo hace el artículo 521, que el tercerista debe tener un interés propio, positivo y cierto, es más concreto, más preciso y más conforme á las condiciones de introducción de toda demanda, establecer, como lo hace el artículo 1537 de la ley española de Enjuiciamiento Civil, que el tercerista deberá presentar el título en que se funde, sin cuyo requisito no será oido.

Admitimos también el temperamento que establece el artículo 524 antes citado, pero lo admitimos sólo para las oposiciones que se deduzcan en la primera instancia. En ese caso aceptamos que la tercería se sustancie y sea objeto de prueba, porque todo esto puede hacerse antes que el juicio principal esté en estado de sentencia. Aún en primera instancia ni aquello mismo podía hacerse desde que la causa esté conclusa, porque eso demoraría la sentencia de lo principal, lo que es necesario evitar. Esto es lo que prescribe con todo acierto el decreto de 22 de Julio de 1806 que reglamenta el incidente de intervención ante el Consejo de Estado en Francia, (incidente que como antes hemos dicho corresponde á nuestras tercerías en primera instancia.), y eso es también lo que establece aún en materia procesal común el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil francés, el cual dispone que la intervención no podrá retardar el juzgamiento de la causa principal desde que esté en estado de sentencia.

Y así como por la razón que acabamos de indicar no es admisible la tramitación de la tercería estando conclusa la causa, tampoco podemos aceptar que dicha tramitación puede hacerse en segunda instancia, porque sabemos que la segunda instancia es sólo *en relación,* de manera que la tramitación de la tercería para ser resuelta conjuntamente con la

sentencia sobre lo principal, ocasionaría forzosamente el aplazamiento de dicha sentencia.

Y como no admitimos que estando la causa conclusa ó en segunda instancia puede iniciarse y tramitarse una tercería *para ser resuelta conjuntamente con lo principal* ó previamente á ésta, no tiene aplicación para nosotros el decir que la sentencia de segunda ó tercera instancia causaran el mismo grado para el tercerista aún cuando recién se hubiese presentado, precepto este que ni aún en la materia procesal común puede tener importancia, pues si bien aparentemente concurre á evitar dilaciones en el fallo definitivo de lo principal, en la práctica lo único que hará será evitar que se deduzcan tercerías en las instancias superiores, porque en vez de hacerlo así le convendrá más al interesado esperar al cumplimiento de la sentencia definitiva para deducir entonces la tercería del juicio ejecutivo, que le ofrecerá más medios de defensa, y más también de perturbar si ésta fuera su propósito.

Por eso nos parece que lo que debe establecerse es que las tercerías que no quedasen prontas para sentencia conjuntamente con la causa principal, continuarán tramitándose con independencia de aquélla, la que continuará su curso hasta su completa terminación por sentencia ejecutoria, que se cumplirá sin perjuicio de lo que se resuelva en la tercería pendiente, á menos que por tratarse de cosas muebles dicho cumplimiento hiciese ilusorios después los derechos del opositor.

SECCIÓN IV

SUMARIO:—Las secciones precedentes se refieren principalmente al caso en que la Administración es demandada.—Es el caso más general; razón de este hecho.—Caso en que puede ser actora.—Aplicación de disposiciones represivas de orden administrativo.—Artículo 31 del Código Penal.—Aplicación que ese artículo hace de la llamada potestad represiva del Poder Administrador.—Diversas manifestaciones de esa potestad.—El poder disciplinario y el poder correccional.—Razón del primero.—Inconstitucionalidad del segundo.—Esfuerzos de sus defensores para acordarlo con las funciones del Poder Judicial.—Doctrina de Mellado.—Pretendido temperamento

conciliatorio del artículo 505 del Código Penal Español.—Ineficacia de esas soluciones.—Superioridad que sin embargo representan sobre la legislación nuestra.—Poder correccional ilimitado que resulta del artículo 31 precitado.—Consecuencias.—Avance inconstitucional de la Convención Municipal de 1900.—Penas de interés fiscal.—Doctrina de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados; su error.—Demostración de que el interés fiscal sólo puede justificar la intervención de la jurisdicción judicial administrativa en vez de la penal.—Observación de Ducrocq.—Sentido en que puede ser admitido el artículo 20 del Código de Instrucción Criminal.—Acción pública represiva.—Casos en que la Administración no procede como autoridad sino como persona privada y en que celebre actos de carácter contractual.—Inadmisibilidad de esos supuestos.—Referencia á demostraciones anteriores.—Oportuna observación de Hauriou.—Diferencias fundamentales que ofrecían el procedimiento siendo la Administración actora.

Lo expuesto en las secciones anteriores se refiere principalmente, como lo dijimos al comenzar la segunda, al caso en que la Administración es demandada.

En nuestro sistema ese es, en efecto, el caso más frecuente. Puede, no obstante, presentarse el caso inverso cuando se siguen otros principios que los que nosotros hemos adoptado en cuanto al modo de ejecución de los mandatos ó decisiones de la Administración.

Dijimos, al comenzar este Estudio, que la Administración puede proceder de dos maneras: como autoridad que ordena ó como persona jurídica que consulta previamente la voluntad de los terceros con quienes entra en relaciones de derecho.

Respecto al primero de esos casos, manifestamos que las decisiones de la Administración pueden hacerse efectivas por dos procedimientos, el administrativo y el judicial, según que aquélla proceda por sí misma á la ejecución de sus mandatos, ó tenga que solicitar su cumplimiento de los Tribunales.

En la oportunidad recordada manifestamos nuestras preferencias por el primero de esos dos sistemas, tanto porque, como lo dice Francone, los actos de la autoridad tienen como tales, una eficacia jurídica coactiva contra los particulares mientras no sean declarados nulos ó ilegítimos por la autoridad competente, cuanto porque es también el más conforme con el carácter ejecutivo de las funciones administrativas, y aun con el de las funciones judiciales, cuya intervención

supone siempre controversia entre dos partes opuestas, lo que quiere decir que ella no procede mientras esa oposición no se ha producido, y que por lo tanto, mientras ese supuesto no se verifica, la Administración por sí sola debe hacer efectivos sus mandatos, sin perjuicio siempre de los reclamos que pueda interponer el que se considere lesionado en su derecho, y salvos aquellos casos en que los medios coercitivos que la Administración puede emplear y á que nos referimos en las páginas 8 y siguientes, sean de aquellos que como la aplicación de penas que no tienen carácter administrativo discrecional, sólo pueden ser empleados por intermedio de la autoridad judicial.

Adoptado, pues, como regla general el procedimiento de ejecución administrativa, y dadas también las facultades de la Administración para dictar resoluciones aún en aquellos casos en que puede ocasionar contienda judicial—punto que examinamos en la sección quinta del capítulo tercero, le tocará forzosamente á aquélla el papel de demandada, y su actuación como parte actora quedará reducida á casos muy especialísimos como el de los conflictos, ó limitada á la materia penal, ya sea que pida la aplicación de penas impuestas como sanción de los mandatos administrativos, ó ya sea que ejerza la acción pública represiva para el castigo de los crímenes y delitos incluídos en la legislación general de la materia.

Acabamos de decir que constituyen materia penal las medidas represivas destinadas á asegurar el cumplimiento de la ley ó los mandatos administrativos, y que la aplicación de esos medios debe ser judicialmente solicitada por la Administración. A este respecto puede presentarse una dificultad que queremos aclarar por haber dado mérito á varios debates en el seno de nuestro Cuerpo Legislativo.

El Código Penal establece en su artículo 31, que no se reputan penas las multas y demás correcciones que los superiores impongan á sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinaria ó de sus atribuciones gubernativas. Como se ve, este artículo responde á lo que los

tratadistas españoles de Derecho Administrativo llaman la potestad disciplinaria y correccional del Poder Administrador, potestad que fundan diciendo que, de nada serviría conceder fines y derechos á aquel Poder, si no se le otorgan los medios necesarios para hacerlos efectivos, medios entre los cuales figura en primer término el poder correccional á que nos referimos.

Quiere decir, pues, que ese Poder tiene dos fases que jamás deben ser confundidas; una interna que se refiere á la facultad de los superiores para corregir las faltas de sus inferiores, que es en lo que consiste propiamente el poder disciplinario; y una externa que se refiere á las relaciones generales de la Administración con los ciudadanos, que es en lo que consiste el poder correccional en sentido estricto.

Ahora bien: dejando á un lado el poder disciplinario que consideramos inherente á toda organización jerárquica, ¿cómo se concilian las atribuciones correccionales con el principio de derecho hoy casi universal, según el cual las penas sólo pueden ser impuestas por la ley y aplicadas por los tribunales, principio que también consagra nuestro Código Fundamental?

A mucho conceder y tan sólo por la reducida importancia del caso, pero sin que encuadre en la rigidez de los principios, puede tolerarse que el Código de Instrucción Criminal, en su artículo 19, haya autorizado las penas administrativas cuando no excedan de cuatro días de prisión ó de diez pesos de multa. Pero la inconstitucionalidad es evidente cuando se autoriza á la Administración para aplicar las penas establecidas en la ley, y más aún cuando se le faculta no sólo para aplicarlas, sino hasta para establecerlas por su sola autoridad. Esto que era muy corriente en Francia en la época del Directorio, que establecía penas por simples decretos administrativos, suele ocurrir todavía hoy en Alemania en donde, según lo afirma Goodnow, hay unos cuantos casos en que la Administración tiene el derecho de sancionar sus propias disposiciones; y seguramente ha de ocurrir también en Rusia, pero no tiene cabida alguna dentro de los

Códigos políticos que han hecho de la libertad un culto, y de su protección un deber.

No desconocen esto los defensores del poder correccional, pero he aquí cómo tratan de conciliar los dos extremos. "La Administración, dice Mellado, no puede imponer penas en el sentido estricto de la palabra, por las infracciones administrativas cometidas por los ciudadanos ó por la colectividad, sino simplemente correcciones; desde el momento que la Administración dicta medidas que pasan de una verdadera corrección y se convierten en penas, invaden las atribuciones del Poder Judicial". Pero á la verdad, esta es una explicación que nada dice; es cierto que la legislación española establece claramente el punto en que la represión deja de ser corrección administrativa y se convierte en pena; al efecto, su mismo Código Penal, establece en su artículo 505, que en las ordenanzas municipales y demás reglamentos administrativos generales ó particulares que se publicaren en lo sucesivo, no se establecerán mayores penas que las señaladas en dicho Código para las faltas, aún cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas; pero como se ve, todo el secreto de la explicación está en llamar á una misma cosa, correcciones ó penas según que las aplique la Administración ó los jueces. La arbitrariedad no puede ser más evidente, pero al menos tiene un límite preciso que no lo hay en la legislación nuestra, porque nuestro legislador que ha tomado el artículo 31 antes citado del 22 del Código Español, no contiene ninguna limitación como la del artículo 505 de aquel Código, de manera que si bien hasta ahora no se ha llegado á hacer aplicación de dicho artículo 31 en cuanto faculta para establecer penas administrativas (discrecionales dice el comentario) fuera de los límites indicados en el artículo 19 del Código de Instrucción Criminal, se ha creído, sin embargo, que estando la pena establecida en la ley, la imposición por la vía exclusivamente administrativa podía hacerse sin limitación alguna, á tal punto que la Convención Municipal del año próximopasado, al formular el proyecto que aún está pendiente de

sanción legislativa, no tuvo inconveniente en establecer penas administrativas de *quinientos pesos*, y la Cámara de Diputados sancionó hace poco, un proyecto en el cual para garantir el impuesto de tabacos, establecía penas administrativas de cincuenta pesos de multa y doce días de arresto. Es justo, sin embargo, recordar que la Comisión de Hacienda que proyectó esa disposición fué más modesta en sus avances inconstitucionales, que la Convención Municipal, no sólo por la inferioridad de las penas que estableció, sino también porque admitió la intervención judicial en grado de apelación, mientras que la segunda no adoptó más procedimiento que el exclusivamente administrativo. Pero en mayores ó menores proporciones, la inconstitucionalidad es lo mismo con penas de 50 que de 500 pesos, sin que alcancen á demostrar lo contrario las razones aducidas en el despacho de la prenombrada Comisión, fundadas en varios precedentes de penas disciplinarias—lo que importa un olvido de la diferencia antes recordada entre la potestad disciplinaria y la correccional, y el caso de las reclamaciones en materia de ferrocarriles, como si en esos reclamos el Poder Ejecutivo procediera como juez, lo que á nuestro juicio es otro error, como creemos haberlo demostrado en la sección quinta del capítulo tercero.

Fuera del caso á que se refiere el artículo 19 del Código de Instrucción Criminal, no hay ni puede haber constitucionalmente tal poder correccional administrativo; las penas deben ser establecidas en la ley, y su aplicación confiada á los tribunales, que son, como muy bien se ha dicho, los guardianes de la libertad, de los derechos y de la fortuna de los ciudadanos. Todo lo más que puede concederse en favor de la Administración, es que tratándose de penas destinadas á garantir un interés público cuya protección está confiada á la jurisdicción administrativa, ó de hechos que puedan caer bajo esa jurisdicción y la penal, como sucede en materia de contrabandos, sea la primera la encargada también de proveer sobre la acción represiva. Es racional dice á este respecto muy bien Ducrocq, que el mismo juez estatuya sobre los di-

versos aspectos de un mismo hecho. Sería ese un temperamento análogo al adoptado por la legislación común al dar á las jurisdicciones penales competencia para conocer de las acciones civiles resultantes de los delitos.

En ese sentido puede ser admisible que, como lo establecen casi todas nuestras leyes de impuestos nacionales, las multas que procedan por la defraudación de aquéllos, sean aplicadas por la jurisdicción de Hacienda y no por las jurisdicciones penales, y en aquel concepto también puede ser admisible la disposición del artículo 21 de nuestro Código de Instrucción Criminal, en cuanto establece que no se considerarán sometidas á la justicia ordinaria las multas que establezcan las leyes sobre impuestos ó percepción de rentas, multas que se harán efectivas en la forma que determinan las leyes que las impongan.

Pero el principio sería evidentemente falso si por él se quiere significar que no son verdaderas penas dichas multas, por más que importen muchos cientos y miles de pesos, y que en consecuencia están forzosamente excluídas de la jurisdicción penal. No se puede salvar un obstáculo constitucional con sólo cambiar de nombre á las cosas, y llamar unas veces simples correcciones á lo mismo que en otras se reputan verdaderas penas. Éstas son siempre tales, y en ese concepto su aplicación debe corresponder á la jurisdicción penal ordinaria, á menos que por motivos especiales se juzgue conveniente cometerlas á la jurisdicción administrativa, en cuyo caso no dejan por eso de ser lo que son, no debiendo jamás confundirse las atribuciones contenciosas de la jurisdicción administrativa con las atribuciones represivas de la misma jurisdicción; las primeras se refieren á los conflictos de derechos que pueden presentarse entre la Administración y los particulares; y las segundas á la aplicación de las penas establecidas en garantía de los derechos de la Administración y de los intereses públicos á su cargo.

Tales son las razones por las cuales hemos dicho que la Administración puede ser actora cuando procura la aplicación de las disposiciones penales, impuestas como sanción de los intereses administrativos.

En cuanto á las acciones para el cumplimiento de las penas de jurisdicción represiva general, ya se las considere como acciones judiciales ó como acciones también administrativas como lo pretende Hauriou, siempre son de las jurisdicciones penales, estando también sometidas á las leyes de ese mismo orden, y excluídas, por consiguiente, de la materia que es objeto del presente Estudio.

Respecto de los actos que tienen cierto carácter contractual ya hemos dicho que cuando la Administración los celebra no pierde su calidad de Poder público y de autoridad encargada de la dirección de los servicios á que aquellos actos pertenezcan, y que en consecuencia puede aquélla en todo tiempo dictar las disposiciones que juzgue convenir á esos servicios, sin que la existencia del contrato tenga más efecto para la otra parte contratante que el de facultarla para reclamar una justa compensación del sacrificio que el interés público ha impuesto á su derecho. Esto que es generalmente admitido en los casos en que la Administración procede como persona jurídica pública, no lo es, sin embargo, cuando se supone que procede como persona privada. Pero, por nuestra parte ya hemos demostrado que esa hipótesis es completamente inadmisible, que la Administración jamás puede dejar de ser lo que es, y que sus actos tienen siempre por móvil, objeto y fin, el servicio de los intereses públicos, aún aquellos que se refieren á lo que impropiamente se llama su dominio privado, y que no es y no puede ser sino un dominio tan público como el de los bienes que directamente aprovechan los particulares. Ya dijimos en otra ocasión, que entre los bienes de uso público y los que se llaman privados del Estado ó bienes fiscales, no existe otra diferencia que la de la forma del aprovechamiento, puesto que unos los usa el público directamente, como las calles y caminos, y otros como las rentas que el Estado percibe y las propiedades que arrienda, las aprovecha indirectamente como medio de atender á otros fines ó servicios en su mismo interés; estos últimos estarán más sujetos al derecho común que los otros, pero como lo reconocen los propios autores que los admiten como bie-

nes privados, lo están sin perjuicio de lo que en contra dispongan leyes especiales, que ya hemos tenido ocasión de ver que son muchas y en mérito de las cuales, la clasificación de bienes privados del Estado ó bienes fiscales pierde toda su importancia como indicadora de bienes sujetos al régimen civil.

Por otra parte, el Fisco como entidad privada y extraña á la comunidad social pudo ser admitida en la antigua Roma, en donde el poder predominante y absorbente de los emperadores les permitió hacer que el primitivo *fisco* que lo constituía su peculio propio, absorbiese bien pronto al *erario* que lo formaban los bienes públicos de aprovechamiento indirecto que nuestro Código llama fiscales, y dotarse así de un cuantioso patrimonio privado completamente independiente del dominio público de la comunidad. Pero entre nosotros no puede haber nada de eso; el Estado instituído para realizar la felicidad social, no tiene más fines ni más medios que los que á esa felicidad convengan, y en tal concepto no puede tener ningún patrimonio privado ni independiente, y mucho menos contrario y superior, como lógicamente debiera serlo, á la comunidad social.

Por eso ha podido decir muy bien Hauriou:

"La Administración verdadera no es el Estado haciendo sus negocios privados, es el Estado haciendo sus negocios públicos. Con la teoría del Fisco, la Administración no tarda en cesar de preocuparse del servicio público; ella se considera como explotando el Estado en su provecho propio. Si se quiere que la prescripción de la cosa pública subsista, es preciso que la Administración haga sus operaciones corrientes no á título privado, sino á título público".

De manera, pues, que actuando siempre la autoridad administrativa, la facultad de dictar las resoluciones que el interés público reclame, existe también siempre no teniendo los particulares más derecho que á reclamar, ya para que el acto de la Administración sea revocado en la forma que corresponde, ya la compensación que repare el sacrificio que el interés público les exija perjudicando su derecho acordado

por una ley ó disposición administrativa prexistentes, bien por un convenio anteriormente celebrado con la Administración. Esta tendrá, pues, en ese caso como en la generalidad de los anteriores, el rol de demandada

Por lo demás, las diferencias fundamentales que presenta el procedimiento según aquélla sea actora ó demandada, es que en el primer caso el objeto del reclamo, la naturaleza y fuerza ejecutiva de las sentencias dictadas, se rigen por los principios del derecho común, mientras que cuando es demandada se regula por las reglas especiales que hemos estudiado anteriormente. En cuanto á las competencias, serán las mismas que en este segundo caso, pero en vez de determinarse por la autoridad que haya dictado la resolución reclamada, se determinarán por la autoridad que deduzca el recurso. En el derecho común se establece generalmente que para fijar la competencia se sigue el fuero del reo; lo que nos llevaría á que la Administración tendría que acudir á los jueces civiles cuando accionase contra una persona privada. Pero se recordará que aún en aquel mismo derecho se prescinde del fuero del demandado y se atiende solamente á la naturaleza del acto, cuando la ley ha querido proteger á éste de una manera especial. Es así, por ejemplo, que los reclamos originados por documentos suscritos *á la orden* son siempre de jurisdicción comercial, aún cuando sea civil el obligado. Por una razón análoga, tratándose de intereses administrativos que la ley protege especialmente, es la naturaleza de éstos, y no el fuero del reo el que determina la competencia.

Los diferentes órganos administrativos tienen para los casos de reclamos, establecida su jurisdicción en relación con los intereses á que aquéllos sirven; esos intereses son los mismos, sea que dichos órganos actúen como actores ó como demandados, y por consecuencia, deben ser también las mismas las jurisdicciones según se trate de uno ú otro caso.

CAPÍTULO QUINTO

Jurisdicciones administrativas especiales

SUMARIO:—Existencia de jurisdicciones especiales en los países de tribunales administrativos judiciales.—Ejemplos de la Italia, de la Bélgica y de la Inglaterra.—Valor que respectivamente tienen esos precedentes.—Las jurisdicciones especiales en la legislación italiana.—Jurisdicción del Consejo de Estado.—Casos en que procede y examen de las razones en que se funda.—Jurisdicción de la Corte de Cuentas.—Función principal de esta institución, según la generalidad de las legislaciones que la han establecido.—Funciones que la legislación italiana da á la Corte de Cuentas en materia de pensiones.—Examen crítico de las mismas.—Nuevas observaciones sobre la reglamentación del recurso contra la denegación de pensiones en nuestro país.—Motivo en que se ha pretendido fundar el recurso legislativo.—Pretendida insuficiencia del recurso judicial.—Leyes de *carácter político*.—Ejemplos; casos de aplicación del pacto de paz de 1897.—Militares que se ausentan sin permiso en períodos revolucionarios.—Ineficacia de esos argumentos para demostrar la procedencia de la alzada legislativa y la insuficiencia de la reclamación judicial.—Casos y forma en que procedería la presentación á las Cámaras, sin convertir á éstas en Tribunal de Alzada.—Posibilidad de esa presentación sin violar la cosa juzgada en la reclamación judicial.—Las pensiones en Inglaterra; observación de Todd.—Las pensiones en Estados Unidos.—Eliminación de ellas, de la jurisdicción de la Corte de Reclamos.—Posible explicación de ese hecho por escandalosos abusos que el Parlamento Norteamericano ha hecho en aquella materia.—Concluyentes observaciones de Carlier.—Otras funciones de los Tribunales de Cuentas en la legislación italiana.—Examen de las cuentas presentadas por los administradores de dineros públicos y decisión de los reclamos que con ese motivo puedan producirse.—Otras jurisdicciones especiales inferiores.—Examen de la cuestión en nuestro derecho positivo.—Jurisdicciones especiales creadas por nuestras leyes electorales de 29 de Abril y 22 de Octubre de 1898.—Faz política y aspecto administrativo del sufragio.—Funciones administrativas y judiciales dadas á las autoridades electoras creadas por las citadas leyes.—Notoria inconstitucionalidad de esas autoridades.—Facultades jurisdiccionales de las Cámaras en materia electoral.—Oportunas observaciones del doctor Aréchaga.—Jurisdicciones especiales en materia de impuestos. Los Jurados avaluadores para la contribución inmobiliaria.—La Junta clasificadora para los impuestos de Aduana.—Jurisdicciones en materia militar.—Conclusión.

Expuestos los sistemas administrativo y judicial, los fundamentos en que uno y otro se apoyan, así como las razones

que determinan la preferencia del segundo, debemos tomar en consideración ahora un hecho muy digno de notarse en esta materia, y es, la institución de tribunales especiales administrativos, establecida aún por las legislaciones que han adoptado como sistema general el judicial.

No tiene por qué inquietarnos el hecho de que esos tribunales existan en el sistema francés, porque en ese caso están perfectamente encuadrados en el sistema general, de manera que su establecimiento sólo responde á motivos más ó menos fundados de superioridad de aptitudes ó de mejor distribución del trabajo. Pero es que han hecho otro tanto casi todos los países de sistema judicial, la Italia en primer término, en cierto modo la Bélgica, y aunque en menor grado hasta la misma Inglaterra, pudiendo decirse que de los países cuya organización jurisdiccional administrativa hemos esbozado al estudiar esta última, los Estados Unidos norteamericanos son los que han excluído en absoluto de su derecho procesal toda jurisdicción que no sea del orden puramente judicial.

La ley italiana de 20 de Marzo de 1865, al mismo tiempo que por el artículo primero abolía los tribunales administrativos y por el segundo cometía las funciones de aquéllos á los tribunales ordinarios, por el artículo 12 mantuvo para ciertos casos la jurisdicción conferida por leyes anteriores al Consejo de Estado, á la Corte de Cuentas, los Consejos de reclutamiento y disciplina militar, los Consejos Académicos, etc., etc. En Bélgica la Constitución de 1831 al mismo tiempo que por sus artículos 92 y 93 establecía la jurisdicción de los tribunales ordinarios para toda clase de contiendas de derecho, hizo reserva expresa de los casos en que leyes especiales dispusieran lo contrario; y por aplicación de ese principio fueron mantenidas algunas jurisdicciones administrativas análogas á las que acabamos de mencionar, con exclusión del Consejo de Estado que no existe en aquel país. Y finalmente en Inglaterra el *Local Governement Board* organizado por las leyes de 14 de Agosto de 1871 y 11 de Agosto de 1875 formado por los principales Secretarios de Estado y algunos otros altos funcionarios como el Canciller del Tesoro

y el Lord del Sello Privado, y que constituye la autoridad superior de las administraciones comunales, conoce también de los reclamos que se interpongan contra las resoluciones de las autoridades locales en ciertos servicios como el de asistencia, el de salubridad y algún otro.

Vamos, pues, á estudiar esas excepciones á fin de conocer cuál es su verdadero valor, y la influencia que ellas deben ejercer en la doctrina general que exponemos y en la organización que proyectamos.

Para hacer más segura esta investigación, tomaremos por base la legislación italiana, que es la que da al respecto la nota más saliente y cuyo precedente es por eso el que más significación puede tener. El ejemplo de la Inglaterra no tiene para nosotros importancia alguna, porque como se sabe, en aquel país de derecho principalmente consuetudinario, el principio de la división de los Poderes no es objeto de ningún precepto constitucional escrito, y en la práctica la tendencia más pronunciada ha sido siempre la de acumular en unos mismos funcionarios los cometidos administrativo y judicial, aunque no siempre en un mismo sentido. Se recordará, en efecto, que como lo observamos en las páginas 203 y siguientes, los jueces eran allí administradores, hasta que por la reforma del 88 se separaron ambas funciones, dejándose á aquellos funcionarios las judiciales y cometiéndose las administrativas á los Consejos de Condado. Pero por otro lado la reacción centralista que había empezado en 1834 en el ramo de la asistencia pública, y que había seguido en 1848 con el de salubridad, alcanzaba su más completo desarrollo con las leyes de 14 de Agosto de 1871 y 11 de Agosto de 1875 que organizaron el Consejo de gobierno local á que antes nos hemos referido, dándole, como hemos visto, ciertas funciones jurisdiccionales. Es decir, que primero los jueces eran administradores, y más tarde se convirtió á los administradores en jueces.

Pero es del caso notar que esa última evolución, por su alcance sumamente limitado, no tiene mayor importancia, como lo hacen notar los mismos autores que como Laferrière son

adversarios del sistema judicial que ha predominado siempre en el derecho inglés. Dice al respecto el autor que acabamos de citar:

"Es preciso no exagerar las cosas y no creer que el rol preponderante que pertenece á las Cortes judiciales ha cesado de existir. Si no se comete únicamente á ellas el cuidado de asegurar la sanción de las reglas administrativas nuevas, no es por desconfianza, sino *celeritatis causa,* y como consecuencia de la creación de un Poder jerárquico, cuyas atribuciones recuerdan en muchos casos las de los jueces. La aplicación litigiosa de las leyes administrativas y los medios de apremio que ellas puedan hacer necesarias, no han dejado de pertenecer, en principio y lo más á menudo en la práctica, á las Cortes de Justicia."

El caso de la Bélgica también tiene muy poca importancia, porque allí, como lo observa Jacquelin, los tribunales civiles son los jueces ordinarios y de derecho común de lo contencioso administrativo; y si bien los pocos asuntos que han sido sustraídos á su jurisdicción son juzgados en primera instancia por la Corte de Cuentas, por los Consejos de milicia y de revisión y por los directores provinciales, no lo es menos que la Bélgica no conoce la institución de un tribunal general de apelación, de manera que aún respecto de aquellos asuntos las Cortes judiciales son siempre competentes en segunda instancia, y la Corte de Casación ejerce sobre ellas un control supremo. La jurisdicción administrativa no existe, pues, en la legislación belga sino en una medida extremadamente restringida, pues no es instituída sino por excepción, y solamente en primer grado y bajo la dependencia de las autoridades judiciales superiores. Propiamente no son, pues, jurisdicciones administrativas, sino jurisdicciones judiciales desempeñadas por funcionarios que son á la vez administradores, pero cuyas resoluciones como jueces dependen del Poder Judicial.

Concretemos, por lo tanto, á la legislación italiana.

Observemos, desde luego, que como lo hizo constar la Comisión informante en la discusión parlamentaria de la ley

del 65, el artículo 12 de esa ley, al mantener algunas de las jurisdicciones administrativas existentes, lo hizo tan sólo con un carácter interino, á fin de evitar las dificultades prácticas que podría ofrecer la aplicación completa de la nueva ley con la supresión absoluta é inmediata de todos los elementos del régimen antiguo.

Ese interinato ha resultado, sin embargo, una situación permanente, pues la mayor parte de las jurisdicciones conservadas entonces momentáneamente, han adquirido una existencia normal y estable, en virtud de ciertas razones con que se ha pretendido justificarlas, y que son las que debemos examinar.

Las más importantes de las corporaciones administrativas que ejercen allí funciones jurisdiccionales, son el Consejo de Estado y la Corte de Cuentas.

El primero las ejercía anteriormente en materia de conflictos en las controversias entre el Estado y sus acreedores sobre interpretación de los contratos de empréstitos públicos, las leyes relativas á tales empréstitos y las demás referentes á la deuda pública; en las cuestiones entre la Potestad civil y la eclesiástica, en los recursos de casación contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas, en los reclamos contra los decretos ministeriales sobre caducidad de concesiones mineras, por despueble, y en alguno que otro caso de menor importancia.

Pues bien: la primera de las atribuciones que acabamos de enunciar ha sido eliminada por la nueva ley de conflictos de 31 de Marzo de 1877, que reconociendo ser esas cuestiones, de verdadero derecho, sometió su fallo á la Corte de Casación. Afirman algunos autores que la segunda de las atribuciones que hemos indicado fué también suprimida por la ley de 13 de Mayo de 1871, llamada de "Garantías Pontificias", pero esa afirmación no parece exacta, porque dicho cometido se encuentra expresamente establecido en la ley de 2 de Junio de 1889 sobre el Consejo de Estado. Tal jurisdicción está fundada en consideraciones especiales. guardadas á la Santa Sede, aún en los países en donde la Iglesia

se encuentra separada del Estado. Esas consideraciones, en mérito de las cuales en el Derecho Internacional Público y aún después de los sucesos de 1870 se reconoce al Pontificado su carácter y derechos de Soberano, han inducido á todos los Estados á instituir un régimen especial para resolver las cuestiones que puedan surgir entre la autoridad civil y la eclesiástica, régimen que es ya el fijado por los concordatos, ó el de una jurisdicción especial establecida por la ley civil, y que es ya la de la Alta Corte de Justicia, la de una autoridad administrativa superior como el Consejo de Estado, ó la del Jefe del Poder Ejecutivo, como ocurre en Francia, en donde tales cuestiones equiparadas á las de Derecho de Gentes (almirantazgo y presas) son objeto de un recurso gubernamental resuelto por el Poder Ejecutivo con audiencia del Consejo de Estado. En realidad, pues, esas cuestiones de verdadero carácter internacional están fuera de los dominios del Derecho que aquí estudiamos.

Eliminados los dos primeros casos de jurisdicción administrativa que hemos mencionado, veamos ahora el tercero.

La intervención que á ese respecto se da al Consejo de Estado, fundada en el principio francés, de que ningún tribunal ordinario puede conocer de acciones destinadas á hacer declarar deudor al Estado, tiene aplicación perfectamente lógica en Francia, porque allí los tribunales ordinarios no sólo no pueden intervenir en esos asuntos sino en ningún otro que sea contra el Estado. Pero aquella aplicación lógica desaparece por completo, cuando como en Italia sucede, son precisamente los tribunales ordinarios los que por principio fundamental intervienen en todos esos litigios.

Por otra parte, el interés público que pueda estar comprometido en las cuestiones sobre deudas del Estado, es en mayor ó menor grado el mismo que lo está en todas las demás cuestiones que al Estado se refieran, y que demuestra que esas cuestiones constituyen materia judicial *administrativa* y no materia judicial *civil;* pero que en manera alguna puede ser motivo para someter dichas controversias cuando son sobre derechos, á la decisión de los órganos dependientes de

la Administración misma. Los motivos de interés público que hayan inspirado los actos reclamados y que deban tenerse presentes en la decisión de esos reclamos, pueden y deben ser conocidos por los tribunales judiciales en esas, como en todas las demás contiendas administrativas, sin que en ningún caso sea dado al deudor ser juez de su propia causa, á título de que él sabe mejor que nadie los motivos que le guiaran á tomar prestado ó á realizar el acto causante del reclamo. Y tanto más injustificada es la jurisdicción de los órganos administrativos, cuanto que las medidas más graves y trascendentales que en materia de deuda pública puede adoptar el Estado, como son las relativas á la amortización, conversión ó unificación de aquélla y suspensión ó modificación del pago de sus intereses, se reglamentan siempre por medio de disposiciones legislativas que excluyen, por consiguiente, toda reclamación contenciosa, de manera que los reclamos de ese orden quedan limitados á los que se interpongan contra las decisiones que la Administración adopte en la aplicación de dichas leyes, cuyo texto y cuyos fundamentos habilitan perfectamente á los tribunales judiciales para resolver con acierto las contiendas en que fueren llamados á fallar.

Y si infundadas son las funciones jurisdiccionales cometidas al Consejo de Estado en el caso que acabamos de indicar, no lo son menos las que tiene como Tribunal superior del de Cuentas, no sólo por tratarse también entonces de cuestiones de verdadero derecho, ya á la liberación de los cuentadantes ó á la reclamación por parte del Estado de saldos ó diferencias no justificadas, sino porque el recurso se concede entonces contra un tribunal inamovible para ante otro amovible ó por lo menos de una inamovilidad mucho menos garantida, puesto que los miembros de la Corte de Cuentas no pueden ser removidos sino por decreto real y con la conformidad de una Comisión mixta, compuesta de los Presidentes y Vices de ambas Cámaras, mientras que los miembros del Consejo de Estado pueden serlo á propuesta del Ministro del Interior, también por decreto real, pero con sólo exposición de motivos y audiencia del Consejo de Es-

tado (artículos 4.° de la ley de 31 de Agosto de 1889 y 1.° de la ley de 14 de Agosto de 1862).

Y nada digamos de la garantía que puede ofrecer á los concesionarios de minas, injustamente perjudicados por una resolución ministerial que declara caducados sus derechos, el recurso contra el Consejo de Estado.

Tales son los casos más graves en que se ha creído necesario establecer la jurisdicción excepcional á que nos referimos.

Pasemos ahora á examinar la jurisdicción de la Corte de Cuentas, otro tribunal administrativo, puesto que aún cuando sus miembros sean inamovibles, está sometido por el recurso de casación á la autoridad del Consejo de Estado.

La Corte de Cuentas, que en la generalidad de los países en que se halla establecida, tiene por misión ejercer el control superior del manejo de los dineros públicos, tiene además por la citada legislación el cometido de resolver sobre las demandas y reclamos sobre pensiones, demandas sobre las cuales resuelve por intermedio de una de sus Salas, con apelación para ante la Corte en pleno si la resolución de aquélla fuese reclamada.

Los expositores del Derecho Administrativo italiano incluyen también entre las facultades jurisdiccionales de la Corte de Cuentas, las atribuciones á ésta conferidas, para la aprobación de las que presenten los recaudadores y administradores de los dineros públicos, y la decisión de todos los incidentes que con ese motivo se produzcan entre los cuentadantes y el expresado Tribunal.

No encuadra en los propósitos de este Estudio el examen de la institución á que nos referimos, como órgano controlador de la gestión de los mencionados dineros, por lo cual sea cual fuere la opinión que al respecto tuviésemos, debemos limitar nuestras observaciones á las que nos sugieren sus cometidos jurisdiccionales, tanto en materia de pensiones como de cuentas.

A ese respecto debemos decir que los Poderes públicos tienen que ejercer en esos casos dos funciones de distinto

orden, unas de carácter esencialmente administrativo cuales son el examen y comprobación de sus cuentas en interés del Ejecutivo (prescindamos aquí del control parlamentario), y la fijación y otorgamiento de las pensiones previa la apreciación de los fundamentos de hecho y de derecho que en cada caso las justifiquen; y otras de carácter esencialmente judicial cuales son las decisiones de las contiendas de derecho que puedan suscitarse entre la Administración y los cuentadantes ó los solicitantes de pensiones, cuando aquélla hubiera desconocido el derecho á la liberación reclamado por los primeros ó el derecho á la pensión solicitada por los segundos. Unas y otras funciones deben ser confiadas á las autoridades del orden respectivo; acumularlas en las de uno mismo ya sea el administrativo ó el judicial, sería contrario al sabio principio de la división de los Poderes, sin motivo alguno suficiente, sin beneficio para nadie y con peligro positivo de las garantías que él ofrece para todos.

Veamos no obstante las razones alegadas para justificar las facultades jurisdiccionales de la Corte de Cuentas en los casos á que nos referimos.

Según los expositores del Derecho Administrativo italiano, el único motivo por el cual ambas facultades han sido establecidas en materia de pensiones, ha sido el haberse considerado que por medio de ese temperamento excepcional quedaban mejor garantidos tanto los intereses públicos como el de los peticionarios. Los primeros porque se evita el peligro de que los ministros perjudiquen al Erario acordando por error ó por favor pensiones indebidas ó mayores que las que legalmente procediesen; y el segundo por las seguridades que ofrecería á los peticionarios la competencia y la imparcialidad del expresado Tribunal.

Se comprende, sin embargo, que ninguna de esas dos razones puede justificar semejante alteración en las funciones naturales de los órganos citados. La primera justificaría á lo sumo la intervención controladora del Tribunal de Cuentas en las resoluciones ministeriales sobre pensiones, como la tiene en todas las demás que gravan el Erario público; pero

si el temor que se indica tuviese el alcance que se le ha dado en el caso especial de que tratamos, lo tendría en todos los demás en que los ministros hubiesen de autorizar un gasto, de manera que con igual razón se les debería quitar esa facultad en todos los demás casos, por donde vendrían á quedar completamente inhabilitados para el desempeño de sus más propias y legítimas funciones, — lo que demuestra la falsedad del extremo á que se llega dando al peligro preindicado un alcance mayor que el que realmente puede tener, y que es tan sólo el de servir de fundamento á la organización de un eficaz control, que es como antes hemos dicho, la verdadera misión que dan y que legítimamente pueden darle á los Tribunales de Cuentas las legislaciones que los establecen.

Por otra parte, si el otorgamiento de las pensiones por los ministros no ofreciese á los particulares las suficientes garantías, el remedio contra ese mal estaría lógica y naturalmente en el reclamo ante los Tribunales ordinarios encargados en éste como en todos los demás casos, de amparar el derecho de los particulares contra los actos lesivos de la Administración; — de manera que tampoco puede invocarse la garantía de los peticionarios, para justificar con ella la traslocación de facultades que examinamos.

No es extraño, pues, que con tan erróneos fundamentos la legislación italiana se aparte sobre el particular de todas las legislaciones extranjeras sobre los Tribunales de Cuentas.

Y claro está que si no es aceptable el cometido dado á la expresada Corte para el otorgamiento de las pensiones, mucho menos lo es el que se le atribuye para resolver como Tribunal único, los reclamos contra las decisiones que en materia de pensiones dicte como *órgano administrativo* por medio de una de sus Salas.

Hagamos aquí un paréntesis al examen del derecho italiano para decir algo sobre lo que entre nosotros ocurre en materia de pensiones. Ya sabemos que ha sido una práctica seguida casi hasta el presente la de recurrir al Cuerpo Legislativo como Tribunal de Alzada contra las resoluciones

dictadas en aquel ramo por el Poder Ejecutivo; y aunque ya hemos criticado ese recurso en la sección quinta del capítulo primero y en las páginas 211 y siguientes del tercero, queremos, no obstante, hacernos cargo de un nuevo argumento que hemos oído alegar dentro y fuera del Parlamento á los que todavía se empeñan en mantener aquella manifiesta violación constitucional.

Se dice ahora que debe permitirse el reclamo ante el Cuerpo Legislativo por lo menos en ciertos casos en que se trata de leyes de pensiones que obedecen á móviles políticos, ó en que por lo menos existen motivos de ese orden que justifican la petición del reclamante. En esos casos, se dice, el recurso judicial es completamente ineficaz y desprovisto de toda garantía para los interesados, porque los jueces no conocen ó no pueden apreciar los *móviles políticos* á que obedezca la ley invocada por el peticionante.

Por nuestra parte, consideramos también completamente falso ese argumento. Los móviles que se indican los habrá tenido en cuenta y los habrá apreciado el legislador al dictar la ley que se invoca; pero una vez que ésta ha sido dictada, los jueces no tienen para qué apreciarlos puesto que no van á modificar el precepto legislativo, estando entonces reducida su misión á examinar si el interesado está ó no en las condiciones de hecho que la ley exige para que se pueda tener opción á sus favores. Y si algún fundamento de derecho es necesario conocer para la aplicación de la ley, ese conocimiento es tan accesible al magistrado judicial como el de todas las demás leyes que está llamado á aplicar. Esto mismo lo comprueba la experiencia, pues en todas las épocas aquí y fuera de aquí, los tribunales ordinarios han aplicado leyes tanto permanentes como transitorias inspiradas en móviles políticos, sin que esa circunstancia se haya alegado nunca como una causa de incompetencia judicial.

Si á pesar de eso los jueces, por error, ignorancia ó cualquier otro motivo, no amparan como debieran el derecho del de la reclamante, es ese un riesgo ó una imperfección inevitable de justicia humana, cuyos defectos pueden repercutir sobre cual-

quier clase de juicio, sin que hasta ahora haya sido en las demás materias y tampoco pueda serlo en la administrativa, un motivo para que al litigante que pierde un pleito ante los tribunales, se le considere facultado para acudir al Cuerpo Legislativo en amparo de su derecho.

Pero se agrega: hay casos en que la resolución del Poder Ejecutivo, aunque injusta en principio, estaría perfectamente encuadrada en la letra de la ley, de tal manera que reclamada ante los Tribunales, tendría que ser confirmada por éstos, los cuales no estarían facultados para extender los beneficios de la ley al caso ocurrente, invocando los mismos motivos de orden político que dieron mérito á la disposición legislativa invocada; ni estarían tampoco autorizados para modificar las disposiciones vigentes, á fin de no privar al reclamante de los beneficios de la ley, por mediar en el caso los mismos motivos políticos que sirvieron de fundamento á aquélla.

Así, por ejemplo: el convenio de paz de 1897 que tiene fuerza de ley, estableció en una de sus cláusulas que los militares de línea que por motivos políticos hubiesen sido dados de baja, quedaban repuestos en sus grados y con opción á la liquidación de sus haberes desde el día en que fueron separados del ejército, siendo esa concesión extensiva á las viudas é hijos de los que hubiesen fallecido. Pero no decía el pacto si esas viudas é hijos tendrían derecho á pensión si sus causantes hubiesen muerto en la lucha, de manera que solicitado ese beneficio por algunos interesados que se consideraban con derecho á él, les fué negado por el Poder Ejecutivo, y como estaba bien negado con arreglo á la letra de la ley, los Tribunales habrían tenido que confirmar dicha denegación, si de ésta se hubiese recurrido ante ellos. Ahora bien, se dice: ¿no demuestra eso que el recurso judicial es notoriamente insuficiente, pues no es evidente que en justicia y equidad, y dados los propósitos del citado artículo 5.º, si á los sobrevivientes se les reintegraban en todos sus derechos, con más razón á las viudas é hijos de los fallecidos, se les debía reconocer el derecho á la pensión? ¿y cómo podrían

conseguir ese beneficio si se les niega el derecho de apelar ante la Cámara?

Otro ejemplo: un militar para escapar á las molestias de una inmotivada vigilancia de que se le hace objeto en momentos de agitación ó de amagos revolucionarios, se ausenta del país y permanece fuera de éste, más ó menos tiempo, sin el permiso del superior competente. Restablecida la tranquilidad, y, si se quiere, hecha la paz, vuelve á su tierra, se presenta luego cobrando sus haberes correspondientes al tiempo que estuvo ausente, y el Poder Ejecutivo le niega el pago de acuerdo con la disposición que establece que los militares que se ausentaren sin licencia pierden el derecho á sus haberes. Es indudable que esa resolución denegatoria estaría perfectamente ajustada al derecho escrito, y que por lo tanto los jueces, si ante éstos fuese reclamada, no podrían hacer otra cosa que confirmarla totalmente. Sin embargo, se concluye, son evidentes los poderosos motivos de equidad que existirían en el caso, para no privar al referido militar de los sueldos reclamados; ¿pero quién podría autorizar su pago si no le fuere dado apelar ante el Poder Legislativo?

Pero estos ejemplos nada prueban contra la procedencia de la vía judicial que nosotros establecemos como único recurso contra las resoluciones del Poder Ejecutivo, denegatorias de derechos que las leyes existentes expresamente acuerdan; lo único que esos ejemplos demuestran, es que en tales casos la vía judicial es completamente ineficaz, por no tratarse de obtener el reconocimiento de derechos que las leyes existentes establecen, sino de conseguir beneficios que sólo mediante una nueva ley es posible alcanzar, y para eso claro está que es necesario acudir al Cuerpo Legislativo, como se hizo precisamente con la ampliación de la base 5.ª del pacto antes citado, que fué materia de un proyecto de ley presentado á la Cámara de Diputados, declarando que las viudas é hijos de los militares que hubiesen fallecido, gozarían de pensión con arreglo al grado de sus causantes.

La presentación ante el Cuerpo Legislativo en demanda de una ley que acuerde al peticionario un beneficio que le ha

sido negado por el Poder Ejecutivo y acaso también por el Judicial en virtud de no considerarlo procedente con arreglo á las disposiciones vigentes, no es sino un uso del derecho de petición de que gozan todos los habitantes del país, derecho que ejercido en la forma que acabamos de indicar, no importa convertir al Cuerpo Legislativo en Tribunal de alzada, ni tampoco un ataque á la inviolabilidad de la cosa juzgada.

No lo primero, porque no se pide entonces el cumplimiento ó la aplicación de una ley preexistente, á cuyos beneficios el interesado tenga un derecho que forzosamente debe ser reconocido y tutelado, sino el otorgamiento de una gracia que el Cuerpo Legislativo sería absolutamente libre de conceder ó no, y que no deberá otorgar sino por motivos especialísimos ó extraordinarios. Se ha dicho que la cuestión es de forma; pero de forma son todas las cuestiones relativas al funcionamiento de los Poderes dentro de su órbita propia, y en el caso concreto que estudiamos, ella cambia por completo la naturaleza del acto solicitado del Cuerpo Legislativo, y la condición jurídica del peticionario.

Se ha dicho también que la presentación al Cuerpo Legislativo en demanda de un beneficio que ha sido negado en la vía judicial, importaría un ataque á la inviolabilidad de la cosa juzgada; de donde se concluye que en el caso debe omitirse dicha vía y acudir directamente del Poder Administrador al Legislativo. Pero este es otro error de los defensores de la antigua y viciosa práctica que combatimos. La cosa juzgada es un principio de orden puramente judicial, fundada en la necesidad de que los pleitos tengan fin y en la de garantir la estabilidad de los derechos adquiridos al amparo de una ley preexistente y reconocidos como tales por las sentencias de los Tribunales. Nada tiene que ver, pues, con los actos del legislador, que por lo que á nuestro país se refiere, se halla perfectamente facultado hasta para dictar leyes retroactivas, puesto que la irretroactividad no es entre nosotros un precepto constitucional; y que aún cuando no lo estuviera, podría perfectamente y mediando motivos suficientes para ello, conceder beneficios negados con arreglo á las

leyes anteriores, sin que al hacerlo desconociese en lo más mínimo la verdad presunta de la cosa juzgada, como no la habría desconocido el peticionario al acudir ante él, porque la *causa petendi* lo mismo que la *causa concedendi* habrían sido en ese caso distintas de las alegadas en la acción judicial, y cuando esa diferencia existe, ni aún dentro del propio orden judicial es dado invocar la excepción de que hablamos. "Si la nueva causa sobre que la demanda se funda surge después de la cosa juzgada, ¿puede oponerse la excepción derivada de ésta? pregunta el tratadista Ricci en su obra otras veces citada, y contesta: sea la nueva causa anterior ó posterior á la cosa juzgada, es siempre una causa distinta de aquella que ha servido de fundamento á la demanda, sobre la cual ha recaído la cosa juzgada; por lo tanto, falta un requisito necesario para que ésta sea oponible."

Para terminar con esta cuestión, y ya que el ejemplo de la legislación inglesa que á veces ha solido invocarse es completamente contraproducente porque en Inglaterra, como expresamente lo hace constar Todd en su *Gobierno Parlamentario* de aquel país, las cuestiones sobre pensiones son de la jurisdicción del Banco de la Reina, que como se sabe es un tribunal esencialmente ordinario,—dejando á un lado ese ejemplo, decíamos, debemos hacer alguna observación á propósito del de la legislación norteamericana con frecuencia citada por los defensores de la práctica que condenamos.

Efectivamente, en el derecho norteamericano, los recursos por denegación de pensiones están excluídos de la jurisdicción de la Corte de Reclamos que es allí, como se sabe, el tribunal judicial en asuntos administrativos; pero es del caso hacer notar que no están establecidos como recurso legislativo, y que aquella exclusión no ha sido hecha por la ley del 55 que creó aquella Corte ni por ninguna de las que hasta 1887 habían reglamentado sus facultades, habiéndose establecido recién como lo hace constar Carlier en su *República Americana*, en la ley que en esa fecha reorganizó las atribuciones del expresado Tribunal.

Esa circunstancia, á falta de un fundamento científico que

justifique la excepción, y que hasta ahora no hemos visto aducido por ninguno de los que han hablado ó escrito sobre esta materia, parece dar la razón á los que explican aquel hecho por el deseo por parte del Parlamento Norteamericano, de quitar á los tribunales toda intervención en la materia de pensiones que había sido allí objeto de los más grandes escándalos parlamentarios.

Carlier ha hecho á este respecto una narración sumamente interesante haciendo ver cómo la necesidad de premiar servicios militares, invocada con más ó menos buena fe á raíz de terminada la guerra de secesión, era todavía en 1890 cínicamente invocada para encubrir los más turbios negocios con los *pensions agents* y satisfacer compromisos con los electores. Como comprobación y resultado de esa mistificación está el hecho bien concluyente de que las pensiones que en 1864 ascendían á 85,986 y demandaban un servicio anual de 8:525,153 dollars; en 1873 llegaban á 238,411 con un servicio de dollars 29:185,289; en 1886 subían á 365,783 con un costo anual de 64:584,970 dollars, y como si todavía fuera poco, en Junio de 1890 llegaban á 537,944 con un servicio que pasaba de 75:000,000, y en Octubre del mismo año á consecuencia de una nueva ley, la oficina de pensiones tenía que examinar por día diez mil nuevas demandas habiendo tenido que aumentar con tal motivo, en 438 el número de sus empleados!

No sería extraño, pues, que el Parlamento atemorizado por tanto asalto alevoso dado á la caja federal para satisfacer la codicia de los de adentro en combinación con los de afuera, creyese prudente quitar al Poder Judicial toda intervención en la materia.

Y con esto basta por ahora de precedentes y volvamos á la legislación italiana.

Conocidas ya las razones aducidas en apoyo del cometido dado al Tribunal de Cuentas para el otorgamiento de las pensiones, y que son también las que se han hecho valer para hacer en dicho Tribunal juez único en las contiendas de derecho que sobre la misma materia se produzcan, agrega-

remos ahora que en favor de las funciones jurisdiccionales en materia de cuentas, se han invocado dos motivos fundamentales, el carácter *técnico* de ciertas cuestiones que se presentan siempre en esos casos, y la unidad de la jurisprudencia en esa misma materia: "la Corte de Cuentas establece la unidad de la jurisprudencia financiera en todo el Reino, como el Consejo de Estado la mantiene en el orden administrativo, y la Corte de Casación en el judicial".

Ninguno de esos razonamientos mejora en lo más mínimo la teoría de la involucración de facultades que venimos combatiendo. La ineptitud de los tribunales judiciales para apreciar las cuestiones de contabilidad que envuelve siempre el juzgamiento de los reclamos que puedan producirse con motivo de la rendición de cuentas, es un argumento completamente banal. Todos los días se resuelven por los tribunales litigios que envuelven cuestiones técnicas de distintos órdenes, incluso de carácter aritmético ó mercantil, y jamás esa circunstancia ha dado mérito á otra cosa que á la intervención de los técnicos del caso, que asesoren á los jueces con sus informes. Después de todo es así cómo procede también en Italia la Corte de Cuentas, la cual dispone para su asesoramiento de un cuerpo de contadores.

Y por lo que respecta á la unidad de la jurisprudencia, no es objetable la importancia que ella tiene, pero por conveniente y necesaria que sea, constituirá un argumento en favor de la centralización jurisdiccional, en vez de permitir que haya en cada circunscripción administrativa jueces facultados para conocer de los reclamos que puedan interponer los cuentadantes; pero en manera alguna constituye el menor motivo en favor de la acumulación de funciones que con ella se quiere justificar.

Hasta ahora entre nosotros, todos los reintegros á la Hacienda pública por alcances ó malversaciones de fondos, han sido arreglados administrativamente, sin que jamás se haya hablado de la necesidad de tribunales especiales para el caso.

Este breve examen de las más importantes jurisdicciones administrativas, nos exime de la necesidad de estudiar otras

inferiores, como las de los Consejos de Instrucción Pública, los de Revisión y algunos otros menos importantes.

Pasemos ahora á nuestro derecho positivo

Nuestra legislación ha establecido también algunos tribunales especiales entre los cuales debemos citar en primer término los que actúan en materia electoral conforme á las leyes de 29 de Abril de 1898, sobre registro cívico permanente y 22 de Octubre del mismo año sobre elecciones generales.

Admitamos que el sufragio como acto constituyente de las autoridades públicas sea un acto político, ya que son políticos según definición generalmente admitida todos los derechos que los ciudadanos tienen respecto de los Poderes públicos, y aceptemos esa denominación sin las diferencias que algunos autores hacen llamando elecciones políticas á las destinadas á la formación de los Parlamentos, v administrativas á las que tienen por objeto constituir autoridades locales, como ser las provinciales y municipales en otros países, y las Juntas departamentales en el nuestro. A este respecto, dice con toda verdad el profesor Posada, en su obra otras veces citada: "Por mi parte, no conceptúo exacta la denominación de administrativo, aplicable al sufragio local. Las corporaciones locales son parte de la constitución del Estado, y, por tanto, políticas, aún cuando ejerzan funciones administrativas. El sufragio local como acto de elección, es político, de vecindad, por el cual se designa un representante del *Estado local*. El voto puede ser un acto administrativo cuando implica un acto de Administración, verbigracia, un voto de gestión en el consejo, y los emitidos en las asambleas para tomar decisiones de carácter administrativo.

Pero si el sufragio es un acto político como acto de los electores, su funcionamiento requiere una serie de operaciones preparatorias, concomitantes y posteriores á la emisión del voto y destinadas á hacerlo efectivo, de acuerdo con lo que establecen las leyes respectivas. Esas operaciones, como que se refieren al cumplimiento de la ley y á la aplicación de los medios necesarios para los fines del Estado en cuanto

dependen de la conservación y renovación de sus órganos fundamentales, son operaciones esencialmente administrativas. Lo es desde luego la formación de lo que nuestra ley llama Registro Cívico, que no es nada más que un censo electoral, como expresamente le llaman otras legislaciones, y que como tal es una operación administrativa como lo es por su naturaleza y como lo reconocen todas las legislaciones positivas, la formación de cualquier censo, ya sea electoral, militar, industrial, demográfico, etc. Y como son administrativas las operaciones destinadas á hacer la designación de los electores, lo son por igual motivo las destinadas á conseguir el fin de la elección mediante la efectividad de la votación. Y claro está que siendo administrativas todas esas operaciones, administrativas son también las autoridades encargadas de realizarlas, y tanto más deben serlo desde que dichas operaciones no encuadran en los cometidos de las demás autoridades constitucionales, es decir, de la legislativa y de la judicial.

Es cierto que nuestras leyes han hecho de la administración electoral un organismo completamente independiente y autónomo, un verdadero Poder público, un cuarto Poder del Estado, que no encuadra ni en el espíritu ni en la letra de nuestra Constitución, y casi estamos por decir que sin precedentes en el terreno de las legislaciones positivas. Pero esa es una circunstancia que acusa una notoria inconstitucionalidad en nuestras actuales leyes electorales, pero que en nada modifica la naturaleza de la función, y por lo tanto de las autoridades que las ejercen y que, sean ó no órganos de la Administración que preside el Poder Ejecutivo ó de otra especial é independiente, son siempre órganos administrativos.

Pues bien: esas autoridades administrativas, son á la vez autoridades judiciales, puesto que resuelven todos los conflictos de derecho que puedan producirse; y tan lo son, que sus actos en ese orden de cuestiones, están bajo la jurisdicción de la Alta Corte de Justicia que entienda en ellas como Tribunal Supremo.

Dependiendo, pues, del Poder Judicial, es menos objeta-

ble la existencia de aquellos tribunales especiales cuya jurisdicción, por otra parte, la justifican la breve expedición de los asuntos que les están encomendados.

Menos conforme con el sistema judicial que seguimos, es sin duda alguna la facultad dada á las Cámaras para apreciar y resolver las cuestiones originadas por la elección de sus miembros. Esa facultad es de orden indiscutiblemente judicial. Las elecciones, dice el señor Ojeda y Somoza en su libro "El Parlamentarismo" citado por el doctor Aréchaga, se hacen con arreglo á la ley y por ende corresponde al Poder Judicial examinar las actas y resolver en juicio con arreglo al derecho constituído, las protestas que se hagan: cuando en las elecciones se perturba el orden jurídico violando las leyes, llano es que sólo á los Tribunales corresponda el restablecimiento del orden jurídico y la reparación de las trasgresiones y de las resoluciones de los preceptos legales". Siendo, pues, cuestiones de orden judicial, es este Poder el que debiera resolver como expresamente lo disponen algunas legislaciones de Europa como la inglesa, y de América como la de Colombia, á las cuales podemos agregar la del Japón citada por Hauriou.

Nuestra legislación al dar á las Cámaras esas facultades jurisdiccionales nos ofrecen otro caso de Tribunales especiales, que aunque fuera del Poder Judicial tienen su justificación en otras imperfecciones, en otros defectos de organización política, que harían acaso menos segura y más peligrosa la intervención de aquel Poder. Esto aparte de tratarse de un precepto constitucional que, por consiguiente, no sería posible modificar por una disposición legislativa.

Nuestras leyes de contribución inmobiliaria establecen también procedimientos especiales para resolver las cuestiones sobre aforos de las propiedades, por medio de comisiones ó jurados en los cuales unas veces predomina la representación fiscal y otras la de los contribuyentes.

Las cuestiones sobre aforos no son simplemente de hecho, sino que envuelven una grave cuestión de atribuciones constitucionales, pues se comprende que tanto da aumentar la

cuota legal como aumentar el capital imponible, por manera que si la Administración tiene cómo hacer esto último, podrá también indirectamente modificar la ley, fijando valores arbitrarios que en el hecho importen disimulada pero realmente un aumento indebido de la cuota establecida por el legislador, único facultado para fijarla.

Si, pues, se trata de verdaderas cuestiones de derecho, ¿por qué sustraerlas á la jurisdicción de los tribunales ordinarios auxiliados en la cuestión de hecho por informes periciales que podrían ser suministrados por comisiones organizadas más ó menos como los jurados actuales? Constitucionalmente eso es lo único que puede hacerse; puesto que las cuestiones de derecho las resuelven los jueces y seguramente no lo son ni podría decirse fácilmente en cuál de los Poderes del Estado encajan esos jurados creados por la ley para resolver inapelablemente las mencionadas cuestiones y con tanta autonomía que cuando la componen mayoría de particulares ni siquiera hay medio legal de compelerlas á que se reunan como ha ocurrido en la práctica, ni puede tampoco haberlo desde que si la Administración aplicase ó pidiese la aplicación de los medios conminatorios siendo ella misma una de las partes del juicio correría el riesgo de perderlo, ocurriendo lo mismo en su caso al particular reclamante.

No se presentarían esos inconvenientes si se siguiese el procedimiento judicial que invocamos, porque entonces la cuestión la resolvería en definitiva el juez con su autoridad imparcial y facultado para apartarse del informe pericial cuando tuviese motivos fundados que expresaría, y con audiencia de las partes. Esta intervención del juez es tanto más necesaria en esta clase de juicios, cuanto que en los jurados instituidos por la ley, y formados por representantes de las partes litigantes, forzosamente debe predominar una de éstas, que será por consecuencia la que más influirá en la decisión del litigio, poniendo así siempre en peligro la imparcialidad del fallo que se dicte. Esto aparte de que tampoco se explica la dualidad de criterio que sigue el legislador para unas mismas cuestiones y para unos mismos fines. No se ex-

plica que el legislador adopte el procedimiento que indicamos para la fijación del impuesto de herencias, por ejemplo, y no lo encuentre aceptable para el pago de la contribución inmobiliaria.

Observaciones semejantes caben también contra otros tribunales especiales establecidos por nuestro derecho positivo, como son los tribunales arbitrales ó comisiones clasificadoras como ahora se llaman, establecidas por las leyes aduaneras para dirimir inapelablemente las contiendas sobre clasificación de artículos importados, y cuyas comisiones están formadas por siete miembros, de los cuales cuatro son representantes del Fisco, como el Director de Aduanas, dos Vistas y el inspector de éstos, siendo los otros tres, miembros del comercio, todos los cuales forman así un tribunal que no tiene para el reclamante más garantías que las puramente personales que pueden ofrecerle los miembros que la forman.

No obstante, es del caso reconocer que en los diversos tribunales que acabamos de mencionar, puesto que son de composición mixta, tienen su representación ambas partes, lo que importa para éstas una garantía, que no deja de tener su importancia por más que pueda desaparecer ante la mayoría contraria y pierda así á veces su eficacia.

Pero demos un paso más y nos encontraremos con los tribunales instituídos por el Código Militar para decidir los reclamos de requerimientos militares indebidos, y cuyos tribunales están formados en primera instancia por siete funcionarios, de los cuales tres son agentes del Ejecutivo, como lo son el Jefe Político, el Jefe de la Guardia Nacional y el Médico de Policía, y en segundo por el Ministro de la Guerra, cuya resolución es inapelable, lo que huelga toda clase de comentarios.

Algo tendríamos que decir también sobre ciertas facultades judiciales dadas á las Juntas departamentales, asociaciones sindicales y jurados de riego, por nuestra legislación de aguas. Pero prescindiremos de ello para no ser más extensos y dada la completa inaplicación en que han estado y acaso estarán por mucho tiempo las disposiciones de esa materia.

Puede discutirse si conviene á la buena organización y disciplina de ciertos servicios el establecimiento del recurso por violación de derechos; si conviene, por ejemplo, que los militares á quienes se les demora ó se les niega el ascenso que les corresponde puedan reclamar judicialmente de ese hecho, ó si tales asuntos han de ser de la competencia exclusiva de la Administración Militar; puede discutirse igualmente si los estudiantes, ó los profesores que se consideren lesionados en sus derechos por una resolución de la autoridad universitaria inmediata ó superior, pueden también acudir á los tribunales judiciales, ó si esa cuestión no puede sacarse del dominio de las autoridades administrativas de aquel servicio; en una palabra, puede discutirse si en esos y otros casos semejantes gozarán de verdaderos derechos ó estarán á merced de la discreción de sus superiores. Caben las opiniones en uno ú otro sentido; pero adoptado el primer extremo, es necesario establecer la jurisdicción judicial, única que puede ofrecer las debidas garantías; pues cometer entonces la decisión de los reclamos á la Administración misma en cualquiera de sus órganos ó de sus grados, sería convertir los actos de potestad reglada en actos de poder discrecional, sería permitir solamente una reclamación graciosa cuando procede una acción de justicia, sería, en una palabra, dejar librada la decisión del caso al arbitrio ó á la sola voluntad administrativa.

No hay en la sociedad ni puede haber para el Estado ningún interés más superior ni fin alguno más primordial, que el de la tutela del derecho; y por eso cuando el derecho existe, ningún interés público puede invocarse en favor de soluciones que lo desconozcan ó lo pongan á merced de quienes pueden lesionarle impunemente, y menos cuando sea la Administración misma la que puede ser autora del desconocimiento ó del atentado cometido.

CAPÍTULO SEXTO

Garantías de la división de los Poderes

SUMARIO:—Medios establecidos para conseguirlas.

Hemos visto que las contiendas seguidas con la Administración pueden ser de diferentes clases, unas de simples intereses y otras de verdaderos derechos; las primeras del resorte puramente administrativo y las segundas de jurisdicción ordinaria, y, según los casos, también de la administrativa si existiesen tribunales de ambos órdenes.

Pero se ha creído que no bastaba con establecer esa división de contiendas y de jurisdicciones, sino que además es necesario garantir su observancia á fin de evitar que en la práctica, los tribunales intervengan en cuestiones de intereses ó la Administración en cuestiones de derecho; y si existieran tribunales judiciales y administrativos evitar igualmente toda recíproca invasión de sus respectivas jurisdicciones.

Para conseguir ese objeto se han establecido diversos medios cuyo estudio constituirá la materia de este capítulo: el de la institución de los *conflictos* en defensa del Poder Administrativo; y en favor del Judicial el recurso *de queja* según algunas legislaciones, y según otras el de *abuso de poder.*

SECCIÓN PRIMERA

Conflictos

SUMARIO:—Idea de los conflictos y sus diferentes clases.

La palabra *conflicto* se emplea en dos sentidos distintos. En uno de ellos expresa el estado de oposición ó de lucha, en una palabra, la contienda de competencia que se produce entre dos autoridades respecto de la intervención que deben tener en un asunto.

Según las autoridades entre las cuales se producen los conflictos, éstos pueden ser de jurisdicción, administrativos ó de atribuciones; y en cada uno de esos casos pueden ser positivos ó negativos, según que ambas autoridades se consideren ó no facultadas para intervenir en el caso de que se trate.

Conflictos de jurisdicción son los que se producen entre autoridades del Poder Judicial; administrativos los que se producen entre autoridades de ese mismo orden, y de atribuciones ó de Poderes los que se producen entre autoridades de los órdenes administrativo y judicial.

Se comprende, pues, que para que exista esa tercera clase de conflictos es necesario que la autoridad judicial haya asumido jurisdicción en un asunto que sea de la competencia administrativa. Es indiferente que la competente sea la Administración pura ó la contenciosa si ésta existiese, pues el Poder Judicial habría invadido igualmente las funciones del Administrador si hubiese asumido jurisdicción en un asunto de la competencia administrativa en cualquiera de las dos formas que acabamos de indicar. Pero es indispensable que medie la intervención judicial, pues si la cuestión se produjese solamente entre la Administración activa y la contenciosa por haber intervenido ésta en una cuestión que la primera conceptuase de su exclusivo resorte, el conflicto sería puramente administrativo y no un conflicto de Poderes.

De las tres clases de conflictos que hemos indicado, los judiciales pertenecen al derecho procesal común y se rigen por los mismos principios de aquél aún cuando se produzcan entre los jueces ó tribunales judiciales de lo administrativo. En tal concepto están fuera de nuestro plan y no tenemos por lo tanto para qué ocuparnos de ellos.

Diremos dos palabras sobre los de atribuciones, que tampoco ofrecen dificultad alguna, y nos ocuparemos con más atención de los de atribuciones, que son los que dan lugar á mayor número de graves é importantes cuestiones.

§ I

SUMARIO:—Conflictos administrativos.—Modo de resolverlos.—Distinción á hacerse según se trata ó no de un régimen administrativo centralizado.—Primera hipótesis.—Qué autoridad debe resolver el conflicto.—Casos que pueden presentarse.—Régimen descentralizado.—Soluciones adoptadas por la Convención Municipal de 1899.—Inconvenientes de someter todos los conflictos á la decisión de la Alta Corte.—Solución preferible

Para determinar cómo han de resolverse los conflictos ó cuestiones de competencia entre autoridades del orden administrativo, es necesario tener en cuenta el sistema á que dicho orden se ajusta, es decir, si el régimen administrativo existente es centralista ó descentralizado.

En el primer caso el conflicto se resuelve por la autoridad superior común más inmediata facultada para hacerlo en virtud de su poder jerarquico, exactamente como ocurre en las contiendas de competencia que se producen entre los magistrados del orden judicial. Así por ejemplo, si en nuestro régimen actual se produce un conflicto entre una Junta y el Jefe Político ó entre dos Juntas departamentales, lo resolvería el Poder Ejecutivo, que sería el superior de las dos autoridades contendoras y el facultado para controlar, revocar y modificar sus actos.

Por otra parte, en ese régimen no puede haber competencia alguna con la autoridad superior, entre una Junta y el Poder Ejecutivo, ni por invasión que de las facultades del

segundo hubiese hecho la primera, ni viceversa. En el primer caso le bastaría al Ejecutivo con anular el acto hecho con usurpación de sus funciones; y en el segundo, la invasión de facultades propiamente no podría producirse desde que las autoridades inferiores no tuviesen ningún derecho propio que alegar contra la de orden superior.

Es del caso observar por lo que respecta á las Juntas, que el centralismo existente no tiene un carácter absoluto, puesto que dichas corporaciones gozan de algunos derechos propios acordados unos por la Constitución y otros por disposiciones legislativas. Si el uso de esos derechos fuese usurpado por el Poder Administrador, la cuestión de competencia que entonces surgiría, no podría ser resuelta por ese mismo Poder, parte en la contienda, sino que tendría que serlo por la autoridad judicial. "Se puede preguntar, dice Laferrière, si hay derecho á anular por incompetencia la decisión directamente tomada por el superior jerárquico, en un negocio en que el derecho de decisión pertenece á uno de sus subordinados... Puede admitirse que el poder jerárquico comparte además del derecho de reformar y anular las decisiones del superior, el de indicar, aconsejar, y hasta si sequiere prescribir las decisiones á tomar. Pero él se detiene precisamente ahí; él no puede ir hasta facultar al ministro para tomar por sí mismo una decisión que correspondiese al prefecto. Si fuese de otro modo, podría el ministro reducir á la nada la distribución de competencias hecha por la ley y proveer sobre todos los asuntos cometidos al prefecto."

Otra cosa sería si se tratase de un sistema completamente descentralizado y que por lo tanto no estableciese subordinación jerárquica alguna, como ocurriría en un régimen de verdadera autonomía municipal. Es obvio que si en ese régimen se produce una contienda de competencia entre dos Juntas ó entre una Junta y un Jefe Político, el conflicto tiene que resolverse judicialmente, desde que no habría ninguna autoridad administrativa superior á la cual la Junta estuviese subordinada.

Lo mismo sucedería si el conflicto lo provocase aquélla

por suponerse invadida por el Poder Ejecutivo, é igualmente correspondería la intervención judicial si fuese aquel Poder el invadido por la Junta. El Ejecutivo no tendría entonces la autoridad superior que en el régimen centralista á que antes nos hemos referido, le permitiría resolver por sí mismo la extralimitación de facultades cometida por la Junta.

En este sentido sería perfectamente aceptable el temperamento adoptado por el artículo 59 del proyecto de ley orgánica municipal al establecer que las cuestiones sobre competencia de jurisdicción (de atribuciones sería más propio decir tratándose de las autoridades á que el artículo se refiere) entre las Juntas y cualquier otra autoridad administrativa, incluso el Poder Ejecutivo, serán resueltas judicialmente.

Podría, sin embargo, observarse siguiendo las mismas tendencias descentralizadoras del proyecto, si el juez del conflicto debe ser en todos los casos la Alta Corte de Justicia como el proyecto lo establece, ó si convendría más someter el conflicto á la justicia letrada local, siempre que el conflicto se produzca entre autoridades también locales.

Habría ventaja evidente para la pronta expedición de los asuntos en evitar todo lo posible la salida de éstos de su departamento y su venida á la capital; y en segundo lugar tampoco se ve un motivo suficiente para que cualquier contienda entre autoridades administrativas locales y por consiguiente en asuntos generalmente de poca importancia, sean traídos á la decisión de la Alta Corte cuyo funcionamiento la Constitución ha reservado para los casos de suma gravedad ó de mayor importancia, y cuya intervención por eso mismo, si bien se explicaría en los casos en que está comprometido el principio constitucional de la división de los Poderes, no se justificaría ni en los conflictos puramente administrativos en que una de las partes fuese el propio Poder Ejecutivo, bastando en tal caso con que la contienda se sometiese á uno de los Tribunales de Apelaciones que son en la organización general que hemos proyectado, los que tendrían la jurisdicción de origen en los reclamos contra los actos del referido Poder.

Esto aparte de que tampoco se encuadra en las atribuciones constitucionales de la Alta Corte, la decisión de las contiendas de competencia que puedan suscitarse entre autoridades del orden administrativo.

Resuelto este punto capital, en lo demás el conflicto administrativo no ofrece ninguna especialidad de importancia, debiendo su reglamentación ser en lo fundamental enteramente análoga á la de los conflictos de atribuciones de que en seguida pasamos á ocuparnos, dejando los detalles de aquélla para cuando nos ocupemos de la codificación.

§ II

SUMARIO:—Conflictos de atribuciones entre los Poderes.—La institución de los conflictos como medio de defender la independencia del Poder Administrador.—Sus diferencias con la excepción de declinatoria y con las contiendas de competencia del derecho común.—¿La institución de los conflictos fundada en la diferencia entre cuestiones de derecho y cuestiones de interés, es legítima?—Demostración de que no lo es.—Motivos por los cuales aquella diferencia no puede servir de fundamento á una excepción de incompetencia. Menos á la promoción de un conflicto.—Imposibilidad de hacer de ella una cuestión previa.—Prejuzgamiento que su decisión importaría.—Confusión entre la *competencia de jurisdicción* y la *competencia de la acción*.—Medios ideados por la ley italiana de 31 de Marzo de 1877, para salvar aquellos inconvenientes.—Su ineficacia.—Cómo esa reforma solo favoreció á la Administración.—Cómo los mismos autores de la ley citada indicaron la conveniencia de atender al fundamento de la acción aconsejando así el prejuzgamiento que se quería evitar.—Razones alegadas en favor de aquel temperamento.—Supuesta necesidad de defender á la Administración contra los manejos de la habilidad curialesca.—Observación de Romagnosi á ese respecto.—Cómo la competencia no puede determinarse sino por lo que se pide, sin que en eso haya peligro alguno para la Administración.—Cómo la habría en cambio para los particulares si para determinarla se atendiese á la que se debe.—Indiferencia de algunos autores por ese inconveniente.—Observación de Colmeiro.—Su error.—Resumen de la demostración hecha.—Otra faz de los conflictos.—Competencias fundadas en la disposición de la ley y con independencia del carácter de la cuestión promovida.—Casos prácticos.—Posibilidad y necesidad de establecer los conflictos en tales casos.—Cómo deben resolverse.—Examen de los diversos sistemas propuestos al efecto.—Cuál se adopta.—Fundamentos de esa preferencia.

Ya hemos dicho que se llaman conflictos de atribuciones ó de Poderes, las contiendas de competencia que se producen entre autoridades de los órdenes administrativo y judicial, por haber estas últimas invadido las funciones de la otra.

En este caso y en un sentido más restringido, la palabra conflicto indica también la institución especial destinada á garantir la integridad de las funciones del Poder Administrador contra toda invasión procedente de las autoridades judiciales.

Por la aplicación de este medio defensivo, cuando el referido Poder considera invadidas sus facultades en la forma que acabamos de indicar, dicta un *decreto de conflicto* por el cual, desconociendo desde luego toda competencia en el Poder Judicial para intervenir en el asunto de que se trate, y considerando éste de su exclusivo resorte, somete la decisión de ese punto á la autoridad especialmente facultada para resolverlo, quedando de inmediato paralizada por completo toda intervención judicial en el asunto que motiva la competencia.

Este temperamento tiene, pues, efecto suspensivo, como la excepción de declinatoria; pero difiere esencialmente de ésta, en cuanto la excepción es un acto de procedimiento por el cual la parte ejercita su derecho á no ser sustraída á su verdadero juez, mientras que la promoción del conflicto es un acto de autoridad por el cual ésta, sea ó no parte en el juicio, reivindica para sí el derecho exclusivo á intervenir en el asunto de que se trate.

Anteriormente, la institución de los conflictos se distinguía esencialmente de las contiendas de competencia del derecho procesal común; pues además de referirse á Poderes distintos, era de efectos más radicales é inmediatos, pues bastaba el simple decreto de conflicto dictado por la Administración, para que quedase suspendida la acción judicial y se pasase el incidente al Tribunal que debía resolverlo. Pero en el estado actual de la legislación, esas diferencias no son tan unánimemente existentes, pues si bien algunas leyes como la italiana de 31 de Marzo de 1877 dan todavía al decreto de conflicto la eficacia que hemos indicado, otras, como la Ordenanza francesa de 1.° de Junio de 1828 han reaccionado contra ese poder extraordinario, adoptando en el caso una reglamentación enteramente análoga á la establecida en el

derecho procesal común para las contiendas de competencia; reformas juiciosamente adoptadas, porque, según lo expresa Aucoc, se consideró más respetuoso de la autoridad judicial y más conforme á la naturaleza de las cosas, discutir previamente con ella acerca de la competencia reclamada por la Administración.

Expuestas estas nociones previas, vamos á ver si es legítima la institución de los conflictos, si es necesaria para garantir la división de los Poderes en lo que á la independencia del Ejecutivo se refiere.

Planteada así la cuestión, si como lo establece la legislación francesa y todas las que más ó menos de cerca la han seguido, el conflicto se funda en la división general de las competencias según se trate de cuestiones de derecho ó de interés, no vacilamos en contestar negativamente á la pregunta formulada, y en afirmar que dicha institución es completamente contraria á la división de funciones y á la organización tripartita del Gobierno, que con ella se pretende garantir y proteger.

La distinción fundada en el carácter de la lesión producida, ni siquiera puede servir de base á una excepción de incompetencia, y por lo tanto mucho menos á un conflicto de atribuciones; y esto por los motivos muy fundados que en seguida vamos á exponer.

Las excepciones de incompetencia importan, como se sabe, una cuestión previa, y en tal concepto ellas son perfectamente aplicables en el derecho común, pues aún cuando sean por razón de la materia, pueden ser perfectamente resueltas sin perjudicar en lo más mínimo el fondo del asunto, porque su fallo ni requiere ni supone pronunciamiento alguno directo ni indirecto sobre la existencia del derecho que se dice violado, recayendo tan sólo sobre la jurisdicción ante la cual ese derecho debe hacerse valer. Pero en la materia que tratamos, sucede todo lo contrario, pues la decisión de la competencia importa precisamente un prejuzgamiento sobre el fondo del asunto, desde que si se resuelve que éste no es de competencia judicial, es porque se supone que el re-

clamante carece del derecho que alega, pues sería absurdo que no siendo así, ó que si se admitiese siquiera la posibilidad de la existencia de tal derecho, se negara al reclamante la facultad de hacerlo valer en forma. En estas condiciones es evidente que la decisión de la competencia envuelve el fondo mismo del asunto, desde que si la excepción se resuelve favorablemente á la Administración, el reclamante no tiene juez á quien acudir.

Y así como no procede la simple declinatoria de jurisdic ción, tampoco procede la promoción del conflicto.

Desde luego, es evidente que cuando la Administración desconoce la competencia de los Tribunales y sostiene la suya propia fundándose en que se trata solamente de una cuestión de intereses, ó lo que es igual, de orden administrativo discrecional, niega por lo mismo que exista el derecho reclamado, y por lo tanto, lejos de eliminar ó de aplazar toda discusión sobre ese punto, la provoca y la resuelve, es decir, plantea una verdadera cuestión jurídica que por su naturaleza no puede ser planteada sino ante la autoridad judicial y resuelta por ésta misma; de manera que mal puede la Administración sostener su competencia por tratarse solamente de intereses, cuando ella empieza por promover y dar por resuelta una cuestión de derecho.

En segundo lugar, cuando la Administración afirma que le corresponde el conocimiento del asunto porque se trata de una cuestión de intereses, y la autoridad judicial sostiene á la vez su competencia fundándose en que la cuestión es de derecho, no hay en realidad debate alguno sobre las funciones de cada una de esas dos autoridades, sino que lo que se desconoce, lo que se discute, lo que se afirma y niega por cada una de aquéllas, es con respecto á la acción que debe entablarse, es sobre si esa acción debe ser por violación de un derecho ó daño de un interés. La cuestión no es, pues, de competencia de atribuciones ó de Poderes, sino sobre la *competencia de la acción*, y ésta, como se comprende, no es ni puede ser una cuestión previa, desde que constituye el fondo mismo del asunto, sobre el cual se produciría entonces,

como en el caso de la declinatoria, un marcado prejuzgamiento.

Esto es evidente: la cuestión de competencia es inseparable de la existencia de la acción ó derecho ejercitable; resolver la primera en el sentido administrativo, es prejuzgar sobre la segunda, es denegar el derecho alegado, y lo que es más grave, es denegarlo por el Tribunal de Conflictos notoriamente incompetente para conocer del fondo del asunto.

Para obviar el inconveniente del prejuzgamiento que hemos indicado como inherente á la institución de los conflictos, la ley italiana de 31 de Marzo de 1877 dispuso que "la competencia se determinará por el objeto de la demanda, y que su decisión, aún cuando prosiga el juicio, no importará prejuzgamiento sobre la pertinencia del derecho alegado ó la procedencia de la acción deducida". Sin duda alguna estableciendo que el fallo del conflicto en el sentido de la competencia judicial no impide que luego se discuta si ha existido ó no la ofensa alegada, ni que esa cuestión sea resuelta en sentido negativo, se daban facilidades al Tribunal de Conflictos para dejar expedita á los reclamantes la expresada vía, y se quitaba así todo motivo á la práctica anteriormente seguida, según la cual, para resolver el conflicto se empezaba por examinar si el reclamo era ó no fundado, y según se opinase sobre ese punto, se admitía ó no la competencia de la autoridad judicial para entender en la reclamación deducida.

Sin embargo, esa mejora solamente se obtiene cuando el conflicto se resuelve favorablemente á la competencia judicial, y aún en ese caso puede decirse que la reforma tuvo más bien por objeto favorecer á la Administración que á los particulares, permitiendo que aún cuando se dejase expedita la vía judicial, pudiesen los jueces fallar en la cuestión de fondo favorablemente al Poder Administrador.

Pero en el caso contrario, es decir, cuando el conflicto se resuelve favorablemente á la competencia administrativa, la reforma de la ley del 77 ninguna mejora introduce, pues en ese caso la negación de la vía judicial importa el mismo

prejuzgamiento, el mismo fallo sobre el fondo del asunto sin juicio previo y por autoridad incompetente, que anteriormente hemos criticado; en una palabra, importaría la repetición del mismo procedimiento inicuo que se quiso evitar y cuya justa crítica fué condensada en la célebre frase "tú no tienes razón, luego te niego el juez".

Y no sólo se incurre entonces en el mismo prejuzgamiento que se trata de evitar, sino también en esta otra contradicción no menos grave; cuando el conflicto se resuelve favorablemente á la competencia judicial, no influye en manera alguna sobre el fondo, dejando que luego el asunto se falle en favor de la Administración; y cuando aquél se resuelve en el sentido de la competencia administrativa, influye de tal manera sobre el fondo, que cierra al interesado todas las puertas para la reclamación sobre el fondo; — contradicción gravísima que confirma lo que antes hemos dicho en cuanto á que el objeto y el resultado de la reforma era más bien favorecer á la Administración que á los particulares.

Pero hay más todavía, y es que tan no se evitaba el prejuzgamiento indicado, sino que, si bien es verdad que el artículo 4.° recordado dispone que para resolver la competencia se atenderá tan solo al *objeto de la demanda,* los comentadores de la citada ley, siguiendo los principios sentados en la discusión de esta última, enseñan que no se debe atender solamente al mencionado objeto, porque entonces se haría depender la competencia de la mayor ó menor habilidad *curialesca* con que se hubiese sabido presentar como una cuestión de derechos la que no fuese sino de un discutible perjuicio de intereses; y que para evitar ese inconveniente, es necesario examinar la sustancia de la demanda, la verdadera *causa petendi,* - lo que conduce igualmente á la apreciación del fondo del asunto, y anula por consiguiente la reforma que por la nueva ley se trató de introducir.

Se dice, no obstante, que no se puede seguir solamente ese criterio, porque entonces se haría depender el recurso y la competencia de la habilidad curialesca con que se hubiese entablado la acción; y en el mismo sentido había dicho an-

tes Romagnosi, que no basta que al actor se le ocurra hacer comparecer ante un Tribunal á la Administración, llamando *derecho* á lo que es tan solo un *interés*, para que la Administración cese de ser una autoridad pública, separada é independiente en la esfera de la pura materia administrativa. Pero la verdad de las cosas es que hasta ahora no se ha descubierto ni probablemente se descubrirá jamás otro medio de determinar la competencia que la naturaleza ó el objeto de la demanda, ó sea lo que se pide por el actor, que es lo único que se conoce al entablar el juicio. Lo que se debe no se sabe hasta fallarse el litigio, y por lo tanto no puede alegarse ni darse por supuesto para fijar la autoridad ante la cual la acción debe seguirse. De manera, pues, que eso que á Remagnosi le parece que es una anomalía, es lo que ocurre y lo que forzosamente tiene que ocurrir en todos los casos, sin que de ello pueda estar exceptuada la Administración, á menos que le fuese permitido á ésta incurrir en la petición de principio y en el prejuzgamiento que antes hemos criticado, y cuya inadmisión es del todo evidente.

Por otra parte no miran sino una faz del problema y aún esa la miran mal, los que creen que se atenta contra la autoridad de la Administración obligándola á seguir un juicio porque á un particular se le ocurre decir que se ha violado su derecho. Con mucha más razón podría decirse inversamente, que se atenta contra el derecho de los particulares sustrayéndolos á sus verdaderos jueces, nada más que porque la Administración pretende que no se trata sino de simples intereses. En ese caso habría verdadero atentado porque la decisión del conflicto importa, como hemos visto, prejuzgamiento sobre el fondo del asunto y denegación de recurso judicial por supuesta carencia de razón. Pero en el otro no habría atentado ni perjuicio alguno para la Administración, por lo menos desde que el recurso estuviese reglamentado en los términos que hemos indicado en los capítulos anteriores, y que dejan á aquélla la más completa libertad para la aplicación inmediata de sus decisiones. Sin duda alguna, la posibilidad del recurso judicial algún freno

representa, mas lo es tan sólo para la arbitrariedad administrativa, y esa es precisamente la garantía que se busca. Pero ningún obstáculo puede surgir de ahí para la acción legítima de la Administración, pues la experiencia demuestra y la razón concibe, que si alguna tendencia puede predominar y predomina en los fallos judiciales dictados en las contiendas administrativas, es precisamente en favor del Poder Administrador, tendencia que se explica perfectamente no sólo por la entidad que dicho Poder representa, sino también por la consideración y solidaridad que existe entre las diferentes ramas del Poder público. Y después de todo esto la Administración tiene todavía en los recursos legales y en la interpretación ó en la reforma legislativa, un medio siempre oportuno y eficaz de destruir cualquier error involuntario, ó de vencer cualquiera hostilidad tan censurable como inusitada, con que pudiese impedir su acción legal la autoridad judicial; faltas que—por otra parte—lo mismo podrían existir en los jueces que en los administradores, y que sólo demostrarían la imperfección humana, pero de las cuales ninguna consecuencia podría sacarse en favor de los conflictos fundados en la división de los Poderes.

Si en tales condiciones hubiese motivo para temer por el equilibrio de aquéllos y la libre acción administrativa, lo habría siempre que la autoridad judicial interviniese en una contienda con la Administración; y entonces el remedio no estaría á buen seguro en la institución de los conflictos sino en el sistema de los Tribunales administrativos ó en suprimir todo recurso al agraviado y en hacer á la Administración dueña absoluta é inapelable de los derechos de todos.

No hay, pues, no puede haber el peligro temido por los que no ven en esta cuestión sino la parte del Poder Administrador. En cambio, el prejuzgamiento que requiere la decisión del conflicto, si bien podrá no ofrecer mayores inconvenientes para los particulares cuando aquélla es pronunciada por un Tribunal del orden judicial, como sucede en Italia en donde está constituido por la Corte de Casación, cuando aquél es

de carácter administrativo como debe serlo de acuerdo con los principios que sirven de fundamento á la institución que estudiamos, y como lo establece la legislación francesa, que es á este respecto mucho más consecuente que la italiana, entonces desaparece toda garantía para los particulares, quienes no podrían entablar recurso alguno por la vía contenciosa administrativa ó contenciosa judicial, sino cuando el mismo Poder Administrador erigido en juez directo ó indirecto del conflicto lo consintiese, declarando que efectivamente se trata de materia en que tales recursos pueden ser entablados.

Es cierto que esta conclusión perfectamente lógica no detiene á los defensores de la institución que combatimos, y así no es extraño ver á algunos de ellos reconocerla y aceptarla francamente, como lo hace Colmeiro en los siguientes términos: "En rigor, la instrucción y decisión de las competencias, no son actos de la Administración contenciosa sino de la activa, pues si bien importa á las partes que su derecho se ventile ante la autoridad ó Juez competente, *este interés privado es de orden secundario*, siendo el objeto principal restablecer la armonía entre los Poderes del Estado, cuyo concierto turban las contestaciones de dos ó más autoridades rivales. Mantener la paz pública y el orden constitucional conservando la distancia, la separación y la independencia plena y recíproca de las materias y actos administrativos y judiciales, es la voluntad del legislador." Pero hay en esas palabras y en la doctrina que ellas encierran, la misma subversión de principios á que según oportunamente lo demostramos, responde el sistema francés de lo contencioso administrativo, del cual es necesario complemento el de los conflictos que ahora examinamos. En uno y otro caso se toma la división de los Poderes como *fin*, como propósito principal en beneficio de los Poderes mismos, cuando no es sino un *medio* de proteger y defender el derecho de los asociados. Se quiere asegurar la independencia de los Poderes por la independencia misma, aún con sacrificio del derecho del individuo, siendo así que aquella divi-

sión en tanto es legítima y tiene razón de ser, en cuanto es una garantía de aquel derecho, pero no en cuanto lo relega á un orden secundario, y menos cuando se convierte en un medio de menoscabarlo y vulnerarlo arbitraria é impunemente.

La institución de los conflictos cuando se funda en la aplicación del criterio francés que organiza las competencias por la naturaleza de la lesión producida, es decir, según sea las cuestiones de derechos ó de intereses, es, pues, completamente inadmisible, porque es contradictoria, porque confunde la competencia de atribuciones con la competencia de la acción, y porque supone un prejuzgamiento sobre el fondo, y sin garantía alguna para los reclamantes.

Pero los conflictos pueden tener otra faz. Es cierto que cuando las competencias se organizan según antes lo hemos establecido, no por el carácter de la lesión cometida sino por el de la reclamación entablada, es decir según ésta se funde en la lesión de un derecho ó de un simple interés, el criterio es de tal claridad y precisión que por regla general no podrá haber duda alguna sobre la competencia; de manera que no se dará el caso de que los jueces intervengan en asuntos de competencia administrativa ni que la Administración tenga que reivindicar sus facultades contra la autoridad judicial; y en tales condiciones la institución de los conflictos será también inútil.

Pero como puede suceder que aquel criterio no tenga una aplicación absoluta, sino que en ciertos casos las leyes establezcan la competencia exclusiva de la Administración, con entera prescindencia del carácter de la cuestión. Como además puede suceder también que esas leyes no sean suficientemente claras, de ahí la posibilidad de que en esos casos la Administración se considere, y acaso con fundamento, en el deber de defender su competencia invadida por los jueces. Mas aún puede ocurrir que la Administración no sea parte en el asunto como ocurrió no ha mucho en un caso habido en uno de nuestros Juzgados Letrados, que para colmo de la usurpación cometida, nada tenía que ver con la

materia administrativa. Dicho juez, con ocasión de autorizar ciertas medidas para reorganizar una sociedad que había caído en estado de quiebra, autorizó también á pedido del síndico, el funcionamiento del tranvía de que la sociedad había sido concesionaria y cuya concesión la Junta había declarado caducada.

En todos esos casos la institución de los conflictos no sólo es posible porque entonces su aplicación no requiere prejuzgamiento alguno sobre el fondo, sino que es también necesaria por no ser de aplicación á tales casos ni el recurso de nulidad que establece el artículo 676 del Código de Procedimiento Civil para los casos en que el Juez proceda con manifiesta incompetencia, ni tampoco la excepción de declaratoria que establece el mismo Código. La incompetencia puede en algunos casos no ser notoria; en segundo lugar ambos recursos son opuestos por la parte, y la Administración puede no serlo como ocurrió en el caso antes citado; y en tercer lugar ambos recursos que constituyen un procedimiento perfectamente apropiado entre particulares que discuten la competencia del Juez, pero sin atribuírsela para sí y quedando sometidos á lo que los Jueces, terceros en la contienda, resuelvan tanto sobre la competencia como sobre el fondo del asunto, no pueden ser aplicados cuando la Administración ejercitando y defendiendo su autoridad, desconoce no sólo la del Juez de la causa sino la de todos los magistrados judiciales, reivindicando para sí el conocimiento exclusivo del asunto, y en cuya acción reivindicatoria no puede en manera alguna estar sometida á la jurisdicción de esos tribunales cuya competencia les disputa y los cuales dejan por ese hecho de ser jueces para convertirse en partes contendoras.

Nada tiene de extraño que en tales condiciones se aplique la institución de los conflictos, que al fin de cuentas no es en el fondo sino la misma que en el derecho común se conoce con el nombre de contiendas de competencia.

La dificultad grave que entonces puede presentarse es la relativa á la autoridad que debe resolver el conflicto. Vamos

á tratar de resolverla, dejando para cuando nos ocupemos de la codificación, el reglamentar los demás detalles del procedimiento.

Excluyamos desde luego el sistema seguido en algunos cantones de la Suiza, según el cual dichos conflictos deben ser resueltos por el Cuerpo Legislativo. Ese Poder no tiene ni puede tener el cometido de decidir contiendas de derecho, y su única misión en presencia de la oscuridad ó ambigüedad de la ley, es aclararla ó interpretarla por medio de disposiciones de carácter general.

Es también inadmisible que sea juez del conflicto el Poder Ejecutivo, que es una de las partes interesadas en la contienda. La legislación española sigue actualmente ese sistema de acuerdo con el Real Decreto de 8 de Septiembre de 1887 que comete la decisión de los conflictos al Rey con audiencia del Consejo de Ministros y del Tribunal Superior de lo contencioso administrativo. Es del caso notar sin embargo que los partidarios de ese sistema no toman en ese caso al Rey como Jefe del Poder Administrador sino como representante del Poder Moderador en el Gobierno. He aquí cómo se expresa Alfaro á ese respecto:

"El Monarca, como el Jefe de cualquiera de los Poderes Ejecutivo y Judicial, no podría resolver las competencias de atribuciones, porque entonces aquel en cuyo nombre se ejerciese esa misión, se sobrepondría al otro, y se faltaría por lo tanto á la independencia de los mismos Poderes públicos. Pero esto no se opone á que el Monarca, no como Jefe del Poder Ejecutivo *sino como regulador* de todos los Poderes, resuelva no sólo las competencias de atribuciones que se susciten entre el Ejecutivo y el Judicial, sino también los conflictos que puedan promoverse entre el Legislativo y el Ejecutivo".

Este Poder Real regulador ó moderador, distinto del Ejecutivo podrá tener su razón de ser en la monarquía constitucional y de consiguiente gobierno parlamentario; pero aún así en la práctica su función reguladora se ha aplicado más á la decisión de los conflictos entre el Legislativo y el Eje-

cutivo que á la de los que se producen entre ese último Poder y el Judicial, pues aunque Colmeiro diga que, así como para establecer la concordia entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo el Rey tiene la facultad de disolver las Cortes, no pudiendo resolver los Tribunales que usurpan los derechos de la Administración porque son permanentes é inamovibles, debe también tener autoridad de árbitro ó medianero entre los Poderes Ejecutivo y Judicial,—por más—repetimos—que eso diga el tratadista citado, es lo cierto que hay legislaciones monárquicas como la italiana, la belga y actualmente la francesa que han entendido las cosas de muy distinto modo, habiendo confiado la decisión de esos conflictos ya á corporaciones mixtas, administrativo-judiciales, ya á los tribunales supremos del orden judicial.

Pero como quiera que sea, en los países republicanos de gobierno presidencial el Presidente de la República es el Poder Ejecutivo y la autoridad superior de la Administración Pública, de manera que mal puede residir en él ese Poder del Jefe del Estado, equivalente al Poder Real, neutro ó meramente expectante de que se habla en las monarquías constitucionales, y por lo tanto perfectamente apto para ser verdadero y regulador imparcial de los conflictos entre los demás Poderes del Estado. Darle en aquellas condiciones la facultad de resolver los conflictos entre el Poder Administrador y el Judicial es someter la contienda de competencia á una de las partes, y precisamente á la más expuesta á extralimitar sus funciones; lo que para colmo de irregularidad importa á la vez darle un cometido judicial y en consecuencia completamente extraño á sus funciones administrativas.

Pasemos ahora á la tercera solución que es la que opta por el más alto Tribunal judicial, sistema adoptado en Italia por la ley de 31 de Marzo de 1877 y en Bélgica por el artículo 106 de la Constitución de 1831.

Nosotros entendemos que la decisión de los conflictos, ya estén fundados en la naturaleza de la violación cometida ó en la atribución de funciones hechas por la ley independientemente de si lo lesionado ha sido un derecho ó un interés,

envuelve siempre la determinación de un derecho, la aplicación de la ley á un caso controvertido, y por consiguiente, es un acto esencialmente judicial. En ese sentido estamos de acuerdo con la idea fundamental que informa el sistema á que nos referimos.

Reconocemos, sin embargo, que la circunstancia de ser el Poder Judicial uno de los interesados en la contienda, lo inhabilita para actuar en ésta como juez, en las condiciones de su funcionamiento ordinario. La misma Corte de Casación, aún cuando por su alta jerarquía pudiera alejar un tanto los peligros que ofrece el confiar la decisión de los conflictos á uno de los Poderes en lucha, es evidente que no los remueve en absoluto, y por consecuencia no puede ofrecer al Poder Administrador las suficientes garantías de imparcialidad.

Para resolver por completo la dificultad, se han instituído los Tribunales mixtos compuestos de representantes de los dos Poderes contendores, sistema adoptado en Francia por la ley de 24 de Mayo de 1872 y en Alemania por el artículo 17 de la ley del Imperio de 27 de Enero de 1877.

Es cierto que aún con el sistema de los Tribunales mixtos, la cuestión la resuelve en definitiva aquel de los Poderes que se encuentra en mayoría, ya sea el Administrativo, como sucede en Francia, en donde el Tribunal es compuesto por igual número de miembros de la Corte de Casación y de Consejo de Estado bajo la presidencia del Ministro de Justicia, ó ya sea el Judicial, como ocurre en Alemania, en donde el Tribunal es compuesto en mayoría por miembros del Tribunal Superior de Berlín. Pero á pesar de eso, es evidente que la composición mixta del Tribunal les da positivas garantías que está muy lejos de ofrecer un Tribunal de composición única exclusivamente administrativa ó judicial.

¿Es posible llevar esas garantías más adelante?

Para conseguirlo, ha propuesto Gianquinto dos medios: uno es que el Presidente del Tribunal sea nombrado por éste en una persona extraña por completo á los dos Poderes contendores; y el otro es que el Tribunal de Conflictos esté

compuesto de personas doctas en Derecho y Administración, elegidas colegialmente por la Corte de Casación y el Consejo de Estado, y nombradas por el Poder Ejecutivo, que es como se nombran en las monarquías todos los magistrados judiciales, pero que lo mismo podrían ser nombrados parte por la Alta Corte y parte por el Poder Ejecutivo. Los miembros de dicho Tribunal especial, tendrían asegurada su independencia é imparcialidad por medio de su inamovilidad y su inhabilidad para entrar á formar parte de cualquiera de los dos Poderes en lucha.

No encontramos aceptable ninguno de los dos temperamentos.

Desde luego el Tribunal especial, si ha de ser permanente, ofrecerá una gran dificultad económica por la erogación que demandaría, y si ha de ser expreso para cada caso ofrecerá la dificultad constitucional de ser un Tribunal en comisión; y más fundamentalmente si aquel Tribunal ha de pertenecer al Poder Judicial será un nuevo organismo y el de más alta categoría en dicho Poder, y en tal concepto ni por su jerarquía ni por su forma de nombramiento, podría tener cabida dentro de nuestros preceptos constitucionales que no reconocen más autoridad superior en el orden judicial que la de la Alta Corte nombrada por el Cuerpo Legislativo. Y si ha de ser un tribunal *neutro* intermediario entre la Administración y la Justicia como expresamente lo dice Gianquinto, será un Poder Judicial aparte, un cuarto Poder de Estado, también de existencia imposible dentro de la organización fundamental del gobierno establecido por constituciones modernas.

Este último inconveniente fué precisamente el que motivó el rechazo de la solución á que nos referimos, cuando el Parlamento italiano discutía la ley del 77 que cometió la decisión de los conflictos á la Corte de Casación.

La otra solución, ó sea la de que el Tribunal mixto elija para presidente á un tercero extraño á los dos Poderes, no se presta á tantas objeciones; pero aún así la forma que indica para el nombramiento de Presidente, no nos

parece admisible dentro de los términos de nuestra Constitución, que no da á los Tribunales facultad para nombrar ninguno de sus miembros, y que tratándose de los que formen parte del Tribunal Superior dispone que serán designados por el Cuerpo Legislativo.

Se ha hablado también de dar la presidencia del Tribunal de Conflictos al Presidente de la Asamblea General, y de confiar las funciones de dicho Tribunal al Senado. A nuestro juicio ambas soluciones son completamente inaceptables. Por principio general no deben acumularse las funciones de legislador y juez; en segundo lugar los miembros del Senado no desempeñan cargos profesionales, de manera que pueden esperar ciertos favores del Ejecutivo incluso para su reelección, si no como Senadores como Diputados; estos y otros motivos políticos pueden muy bien dar por resultado que tanto el Presidente como la mayoría de los dichos miembros tengan con el Poder Ejecutivo más vinculaciones que las que puede tener aún con el Juez ó Tribunal comprometido en la contienda, el Presidente de la Alta Corte que desempeña un cargo profesional é inamovible.

Por todas las consideraciones que preceden, creemos que dentro de nuestro sistema constitucional la solución está en la Alta Corte de Justicia, que es ya por su composición un Tribunal mixto, puesto que puede estar formada en parte por miembros no letrados, con el objeto sin duda de que puedan figurar en ella magistrados peritos en cuestiones de Administración, y acaso también funcionarios administrativos en ejercicio, puesto que la incompatibilidad para acumular ambos cargos sólo existe por ley — la de Marzo 11 de 1869 — y si bien esa incompatibilidad debe mantenerse para todos los demás casos, debería por el contrario excluirse en la materia de conflictos que estudiamos.

En la organización judicial interina en que todavía vivimos, la Alta Corte desempeñada por los dos Tribunales de Apelaciones se compone sólo de letrados, de magistrados exclusivamente de carrera judicial. En esas condiciones nos parece indudable la necesidad de constituir el Tribunal mixto

de conflictos compuesto de igual número de miembros de aquel Alto Cuerpo y de funcionarios administrativos que serían los ministros de Estado, siendo presidido el dicho Tribunal por el Presidente de la Alta Corte.

Ya hemos dado las razones por las cuales consideramos que en nuestro país esa es la organización que ofrece más garantías de imparcialidad é independencia; á aquellas razones debemos agregar para los que todavía teman por la ntegridad de las funciones del Poder Ejecutivo, que la institución de los conflictos en las condiciones y para los casos en que lo hemos admitido y que creemos son los únicos en que puede admitirse, es decir, cuando la contienda se funde no en la aplicación de un criterio general, sino en disposición expresa que debe ser citada y que sea la que confiera á aquel Poder la intervención exclusiva que se atribuya, tiene que ser de una importancia reducida porque seguramente será también de muy escasa aplicación.

SECCIÓN SEGUNDA

SUMARIO:—Diversos medios adoptados para defender al Poder Judicial contra las invasiones del Administrador.—Los conflictos, el recurso por exceso de poder y el recurso de queja.—Por qué el primero ha sido abandonado por las legislaciones positivas.—Fundada argumentación de Laferrière.—El recurso por exceso de poder.—Verdadero objeto con que ha sido establecido.—Cómo ha sido aplicado por la jurisprudencia francesa.—Falta de garantías que tanto ese recurso como el de queja ofrecerían para el Poder Judicial.—Inutilidad de todos esos medios para asegurar la integridad de las funciones de dicho Poder.—Cómo está esa integridad asegurada.

Dijimos al comenzar este capítulo, que así como algunas legislaciones han adoptado la institución de los conflictos para defender la independencia del Poder Administrador y la integridad de sus funciones, para acordar iguales garantías al Poder Judicial han adoptado ya aquella misma institución ó establecido los recursos de *queja* ó de *exceso de poder*.

El primero de esos tres temperamentos está hoy generalmente abandonado, y las legislaciones que anteriormente lo

seguían lo han abolido como lo ha hecho la Italia por la ley de 1877, ó lo han sustituido por otro, como la Francia, que lo ha reemplazado con el recurso por exceso de poder, ó como la España, que en su lugar ha adoptado el recurso de queja establecido en la sección IV, título II del libro primero de la nueva ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta diferencia, especialmente la que se nota en la legislación italiana en cuanto á los medios de que gozan los Poderes Administrativo y Judicial para defender sus respectivas atribuciones, ha sido criticada, y autores como Gianquinto aunque admiten que ella tiene cierta explicación en el hecho de estar más expuesto el Poder Administrador á ser invadido por el Judicial que viceversa, no la justifican y consideran que por el contrario, los mismos principios de la división de los Poderes, de la garantía de los derechos de la sociedad y de los ciudadanos, así como la igualdad jurídica, no consienten que lógicamente pueda negarse á la justicia las mismas garantías que mediante la institución de los conflictos se acuerdan á la Administración.

Esa crítica la consideramos completamente infundada, no porque creamos más posibles las invasiones del Poder Administrativo por parte del Judicial, que las del sentido contrario, lo que en manera alguna sería exacto, sino porque siendo todas las resoluciones del Ejecutivo reclamables ante el Poder Judicial en la forma y condiciones que ya conocemos, siempre podrá ese Poder ejercitar las funciones que en cada caso le corresponden, sin que jamás esa intervención pueda ser impedida por la que anteriormente hubiese tomado la Administración en el mismo asunto.

Ese es el verdadero motivo por el cual sería inútil la institución de los conflictos en favor del Poder Judicial. Si ese motivo no existiera, tendrían razón los que sostienen la tesis contraria, alegando que lejos de ser la Administración la más expuesta á ser invadidas sus atribuciones por los Tribunales, sucede lo contrario. Así tiene que ser, en efecto porque la función judicial es una función inerte, no actúa sino por excitación de parte; limitada, puesto que no juzga

sino de los efectos del acto reclamado, quedando siempre el mérito librado á la libre apreciación administrativa; es más desinteresada é imparcial, motivos todos que lejos de exponerla á la extralimitación, le quitan todo impulso hacia ella; lo que no ocurre con el Poder Administrador esencialmente activo, interesado siempre en desenvolver su acción y remover por consiguiente todos los obstáculos que á ella se oponen, y dotado de facultades para apreciar discrecionalmente el mérito y la oportunidad de sus actos, todo lo cual lo impulsa forzosamente al abuso y á no ver sino simples intereses en donde existen verdaderos derechos que como tales deben ser respetados.

Laferrière, comentando la reforma francesa que antes hemos indicado, después de preguntar si sería deseable la aplicación de los conflictos al Poder Judicial, dice con toda razón lo siguiente:

"Si, si ella fuese necesaria para asegurar á la autoridad judicial las mismas garantías de independencia que á la autoridad administrativa; no, si esa igualdad de garantías se encuentra ya asegurada de otra manera, y no se trata entonces sino de una simple cuestión de simetría legislativa; y es á esto precisamente á lo que se reduciría la atribución del derecho de conflicto á la autoridad judicial. En efecto, los Tribunales no podrían ejercer ese derecho espontáneamente y sin solicitud de parte. A diferencia de la Administración que posee á la vez el derecho de decisión y el derecho de iniciativa, los Tribunales no pueden dictar decisiones sino á petición de parte.

"¿Qué interés podría tener esa parte en reclamar una declaración de conflicto? ¿qué interés tendría el Tribunal en que se le pidiese? Ninguno, porque nada impide á la parte llevar directamente ante la autoridad judicial la cuestión en que á su juicio la Administración haya intervenido indebidamente. Sucederá entonces de dos cosas una: ó bien la administración reconociendo su error, dejará que el asunto siga su curso ante los Tribunales, en cuyo caso la materia misma del conflicto faltará; ó bien ella declinará la competencia ju-

dicial y elevará el conflicto, y entonces el Tribunal de conflictos ejercerá el arbitraje que se trata de provocar. Este resultado se alcanzará, pues, sin que el Tribunal Judicial tenga otra cosa que hacer que rechazar la declinatoria y esperar la resolución del conflicto".

Por estas razones, la legislación francesa, después de algunas vacilaciones suprimió en absoluto la institución de los conflictos como garantía del Poder Judicial, y desde entonces, según lo observa el autor antes citado, "los actos realizados por la Administración con violación del principio de la separación de los Poderes, no pueden ser deferidos sino á la jurisdicción administrativa en la vía del recurso por exceso de poder."

Es del caso recordar, sin embargo, que ese recurso jamás fué establecido ni aplicado como una garantía del Poder Judicial, sino como una defensa de la parte perjudicada por el acto administrativo viciado de incompetencia, ya fuese ésta producida por invasión de atribuciones de otro de los Poderes del Estado — caso de *usurpación de Poderes,* ó de otros órganos del mismo Poder Administrativo — caso de *confusión de atribuciones;* y aún en el primero de esos casos ya tuvimos ocasión de ver en las páginas 90 y siguientes que el Consejo de Estado se ha negado algunas veces á admitir el recurso á que nos referimos en el primero de los casos que acabamos de mencionar, entendiendo según lo advierte el mismo autor antes citado, que tales actos son simples pretensiones de la Administración, destituídos por sí mismos de toda fuerza ejecutoria, ó declarando que no pueden impedir que el interesado haga valer sus derechos ante la autoridad competente; en otros términos, en lugar de hacer el acto ineficiente por un decreto de anulación, es declarado ineficiente *por sí mismo.*

Como quiera que sea, y sin perjuicio de estudiar detenidamente aquel recurso en el capítulo siguiente, es lo cierto que él está confiado como también el *recurso de queja* de la legislación española, á la decisión del Consejo de Estado, soulción que si bien es perfectamente legítima tratándose de

conflictos administrativos internos ó sea de los que más arriba hemos llamado de *confusión de atribuciones,* cuando los conflictos son externos ó por invasión de funciones judiciales ninguna garantía puede ofrecer para ese Poder, la decisión administrativa, como no la ofrece la judicial para la Administración en el caso que consideramos en la Sección anterior.

En este último caso ya vimos cómo se resuelve la dificultad; en el otro la dificultad no existe porque el conflicto no tiene razón de ser, desde que como lo dijimos al principio, teniendo el perjudicado abierta la vía judicial siempre que su derecho es indebidamente lesionado, ese recurso ofrecerá á la autoridad judicial la ocasión de ejercitar sus funciones; y no hay duda de que uno de esos casos de lesión es el del acto realizado con incompetencia, por cuanto es evidente que la observancia de las competencias lo mismo que la de las formas establecidas para los actos de la Administración, es una garantía y por lo mismo un derecho de que los particulares no pueden ser arbitrariamente despojados.

(Continuará).

Proyecto de un Código de Procedimiento Penal reformado

CONCORDADO Y ANOTADO

POR EL DOCTOR DON DAMIÁN VIVAS CERANTES

Prólogo

> Y mandeles diciendo: Oidles y haced justicia: ora sean ciudadanos, ora extranjeros. (*Deuteronomio*, Cap. I, vers. 16).
>
> Ninguna distinción haréis de personas: del mismo modo oiréis al pequeño que al grande: ni guardaréis miramiento á nadie, pues que vosotros sois jueces en lugar de Dios. (*Deuteronomio*, Cap. I, vers. 17).
>
> Hallen en tí más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia que las informaciones del rico. Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente, que no es mejor la fama del juez riguroso, que la del compasivo.
>
> Al que has de castigar con obras no trates mal con palabras, pues le basta al desdichado la pena del suplicio sin la añadidura de las malas razones.—(*Cervantes*).

Hacía dos años casi que ejercíamos el Ministerio Público en el Departamento de Minas, bajo el título de *Agente Fiscal*, cuando en el 1894 se nos ocurrió dar á la estampa el *Proyecto de un Código de Procedimiento Penal*, que habiendo sido después prohijado en el Senado de la República por el eminente publicista don Francisco Bauzá, quedó no obstante entre las carpetas de ese alto Cuerpo Legislativo, sin ulterior estudio ni sanción. Probablemente era tanta la humildad de su origen ó quizás eran tantos sus defectos, que la autoridad prestada por ese grande hombre no los contra-

pesaba suficientemente, para sacarlo del marasmo en que todavía yace como el común de las cosas inútiles.

En tan corto tiempo habíamos experimentado en el desempeño de nuestras funciones, en la continua compulsa y verificación de las leyes procesales del país, cuán deficiente es, y erróneo, el Código de Instrucción Criminal en vigencia, deficiente y erróneo en el plan, en la forma y en el fondo de las cuestiones que trata. Más que experimentado, habíamos visto confirmarse en la práctica del foro, los fundamentos verdaderos de la crítica que ya en las aulas universitarias se venían haciendo al respecto con evidente justicia.

No es que no hallásemos en esa obra todos los principios de una buena y excelente organización judicial, sino que á esos principios faltábanles el desarrollo formal y metódico necesario para que no fallasen en su aplicación constante.

Tales principios se hallaban en ella aquí, allá y acullá, diseminados sin orden ni concierto. Parecían tomados al acaso y coleccionados con un fin transitorio y urgente.

En nuestro sentir, era de absoluta necesidad promover alguna reforma en el Código de Instrucción Criminal, en armonía con las exigencias de una perfecta administración de justicia penal, mejorándolo y poniéndolo por sus méritos á la altura de la legislación de los países que marcan la ruta de la civilización, ó de aquellos que sin marcarla, marchan por una vía paralela.

Nuestra ley procesal penal, no solo aparecía pequeña y pobre al lado de la mayor parte de la de los Estados europeos, sino tambien en comparación de la de los países Americanos, quedándonos muy atrás al respecto de Bolivia y el Paraguay.

En esta parte de la legislación patria debíamos tomar

mayor altura, para merecer en todo concepto los honores de una nueva y saludable conquista para el bien general.

No bastaba una sabia enunciación de principios; había que dar al Código de Instrucción Criminal su carácter propio, el de una aplicación reglamentaria de esos principios, para hacerle lo que debe ser, más que un conjunto de leyes sustanciales, un conjunto de leyes formales; más que un sistema de leyes *sustantivas*, un sistema de leyes *adjetivas*.

Es imposible negar, á menos que se sufra el influjo pasional del amor á nuestras propias obras, que esa aplicación si existe en alguna manera en el Código mencionado, es imperfecta, á veces oscura y contradictoria.

Había que dar forma á esos principios, para cada ocasión y circunstancias de las causas, siendo posible, confiriendo á la legalidad y fijeza inherente á la misma lo que convenía resguardar de la arbitrariedad.

Con tan elevado propósito nos decidimos á formular el Proyecto á que nos hemos referido, aunque no sin desconfiar de nuestras fuerzas, que al fin son humanas y limitadas por tanto, incapaces de toda perfección que no sea relativa en orden á la que sólo cumple á la sabiduría y poder de Dios.

Como dijimos, cúpole, por su poca ó mala suerte, quedarse sin estudio definitivo ni sanción en el seno de la Asamblea Legislativa Nacional.

Aprovechando los consejos de una más larga experiencia y después de conocer con mayor profundidad los elementos científicos del derecho procesal en sus relaciones directas con las penalidad; tras de un examen comparativo de diversas y adelantadísimas leyes sobre tan vasta materia, ensayamos la reforma, que al través del tiempo hemos juzgado conve-

niente en esa primicia, para hacerla más apta y digna de su objeto.

Después de más de cuatro años de inacción dimos comienzo á nuestra tarea de reparación y enmienda.

En efecto: el año 1898, por el mes de Agosto próximamente, abrimos aquel libro para recorrer con avidez sus páginas, descubrir sus vacíos y lunares, llenarlos y corregirlos con las fórmulas que nuestra inteligencia y razón nos sugerían y el estudio de obras análogas, de textos y códigos de su misma índole nos proporcionaba.

Para llegar á la meta debíamos trabajar mucho, conciliando sus exigencias de labor con las muy duras y crueles de la vida. Teníamos que expiar aquellas horas que no nos eran indispensables para la lucha por la existencia, que es siempre ardua y no tiene treguas para los desheredados de la fortuna; teníamos que expiarlas y ponerlas al servicio de tan grave propósito.

A más de la reforma intentada, quisimos ilustrar el Proyecto reformado con la exposición de motivos de cada una de las disposiciones que contiene, que es como si dijéramos el estudio más ó menos compendiado de la doctrina ó filosofía del derecho procesal, desentrañada para el efecto de los más esclarecidos autores y maestros, en cuya figuración nos honran algunos compatriotas, que en esto como en las demás manifestaciones de la intelectualidad tenemos de primera fila y dignos de alabanza.

Haciendo abstracción del Proyecto en sí, de su articulación, toda muestra obra se reduce, desde luego, á un tratado de *Derecho procesal penal,* que más que el mérito de su originalidad, tiene el de haber asimilado cuanto hay de más preciado en esa rama de la jurisprudencia. Para ello hemos

hecho caudal de los libros de diversas nacionalidades que corren por nuestras bibliotecas y tratan la misma cuestión, teniendo muy de nuestra mano el examen de los textos que tanto en libros, como en folletos y revistas, han publicado ciertos y distinguidos uruguayos, tales como los doctores Laudelino Vázquez, Domingo González, Alfredo Vázquez Acevedo, Teófilo E. Díaz, Pablo De-María y otros muchos.

Creemos que muy particularmente el acopio de observaciones y doctrinas de tan sabios pensadores á cuyas obras hemos ido á buscar la verdad y la fuerza para nuestra humilde producción, ha de despertar la atención sobre ella, de los aficionados á las cuestiones de procedimiento y á las etras jurídicas en general, de los abogados y sobre todo de impático gremio estudiantil.

Ella interesará, en su parte práctica, muy singularmente á los Jueces de lo penal, porque sujetándose sus disposiciones á los principios dominantes en la materia del Código de Instrucción Criminal, sin salirse de las reglas generales preestablecidas en este mismo, son su necesario y lógico complemento.

Al menos esta es nuestra esperanza, en la persuación de que algo, si no mucho é inmejorable, habremos puesto de nuestra parte, con buena voluntad y no escaso sacrificio, en contribución al estudio de uno de los asuntos más importantes del Derecho.

Ha dicho Villemain que la ley no es otra cosa que la moderación que falta á los hombres. Por si fuere el caso que nuestro Proyecto mereciera algún día los honores de una sanción legislativa, hemos procurado formarlo de tal modo que en la realidad sea esa moderación su característica.

En una frase sintética de Montesquieu se dice que *las*

formalidades de la justicia son necesarias á la libertad; pero, su número podría ser tan grande que destruiría el objeto de las leyes que las hubiesen fundado, llegando á suceder que los ciudadanos perderían su libertad y su seguridad, los acusadores no hallarían nunca los medios de convencer, ni los acusados los medios de justificarse; pues, las causas no tendrían fin, y se pretendería dar á una de las partes un derecho sin que mediara el examen atento y determinativo de lo justo y verdadero, perdido como estaría el juicio de los hombres en un formalismo estéril y abrumador.

Convencidos lo mismo que Montesquieu y Villemain, hemos dado á la extensión de nuestro Proyecto por límite: *la necesidad.* No es ni mayor ni menor que la correspondiente á la universalidad de los Códigos modernos contemporáneos, que constituyen un todo, que se bastan así mismos y no han de recurrir á otra codificación complementaria ó supletoria así como el Código de Instrucción Criminal de la República recurre llamando en auxilio de Jueces y de partes distintas y múltiples prescripciones del Código de Procedimiento Civil, que son de dudosa aplicabilidad ó cuya interpretación se complica por lo mismo que son inspiradas con un objeto que no se propone la judicatura penal.

Después de definir el procedimiento penal y su importancia, y de estudiar su evolución histórica en sus relaciones con las instituciones políticas, sociales y religiosas de los pueblos y de las edades, todo lo cual compone varios capítulos de la Introducción, nuestro libro pasa de lleno al desarrollo del Proyecto de un Código de Procedimiento Penal, disponiendo coordinadamente títulos, capítulos y artículos.

Ora al pie de cada título ó capítulo, ora á raíz de cada artículo ó grupo de artículos, según convenga á la claridad,

inteligencia y unidad del sistema, irá, precedida de las concordancias más ilustrativas, la exposición breve, concisa del motivo, irán los juicios críticos propios de cada cuestión, la explicación suscinta de las palabras y de los preceptos que parezcan obscuros, como de su verdadero sentido y alcance, que podemos comprender en la denominación genérica de *comentarios.*

Confesamos que el método dentro del cual se desenvolverá esa obra no es rigurosísimo.

No es posible en su clase, en semejante haz de cuestiones que se tocan y entrelazan y á veces se confunden, una hilación matemática de contornos inflexibles; allí todo afectado propósito es vano, toda presunción de metodicidad ofrece graves inconvenientes; bastará, y pensamos en esto con el ilustre Pacheco, que el espíritu distinga las ideas sin que sea menester tirar entre ellas líneas, como se levantan muros entre potencias hostiles.

Tal es el libro cuya historia y cuya composición dejamos bosquejados.

Nos propusimos hacer para gloria de Dios, una obra, buena; útil para bien de la patria; y para honor nuestro, meritoria.

Si el público, si la falange estudiantil, si los letrados y magistrados se dignan leerla y proclamarla útil, cuando menos, se habrán llenado una de las más legitimas aspiraciones de

El Autor.

Palabras de aliento (1)

Á los tiempos de agitación y de lucha que llenaron con el calor de sus pasiones los hombres de las generaciones anteriores, parece que empezaran á suceder otras horas de amor al trabajo, de tolerancia y de organización.

Á lo menos esas son las notas que, hoy por hoy, vibran con más intensidad en el ambiente social, como denotando un cambio de rumbos en las aspiraciones del espíritu público, que armonice mejor con sus necesidades de estabilidad y de progreso tan largo tiempo desoídas!

De cualquier modo que fuere: sea espejismo ó realidad, nueva tentativa destinada á malograrse por centésima vez, ó primer paso destacado en el sentido de una transformación victoriosa que se cumple á despecho de nuestras tendencias atávicas; el soplo de vida que se siente tiene que encontrar en todos los corazones, por el acuerdo de propósitos y de medios, no sólo simpática resonancia sino un sentimiento de solidaridad dispuesto á secundarlo y á secundarlo empeñosamente.

Y en esta acción de conjunto que demanda el patriotismo, los que están llamados á ejercer más sana y poderosa influencia, son los hombres jóvenes, y entre éstos los que se distinguen por su laboriosidad é ilustración, precisamente porque son ellos los que pueden servir el ideal presente sin

(1) Del número 15 de « La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración », editada en Montevideo (República Oriental del Uruguay). Año 1899.

arraigados y enervantes prejuicios y con ese entusiasmo capaz de las grandes cosas.

Por su preparación y su carácter, el doctor Damián Vivas Cerantes pertenece á ese núcleo de elementos apto para la obra del día, como lo ha demostrado, ora en el desempeño de elevadas funciones públicas, bien como con la presentación de trabajos tan estimables como su « Proyecto de un Código de Procedimiento Penal », publicado en 1894.

Hoy mismo confirma nuestro compatriota su competencia y asiduidad escribiendo el comentario de las leyes y proyectos sobre procedimiento criminal, á cuya materia le viene dedicando hace años una preferente consagración.

De la seriedad y erudición de esos estudios próximos á aparecer, darán una idea las páginas siguientes que hemos solicitado é insertamos á título de primicia.

RUPERTO PÉREZ MARTÍNEZ.

Introducción

§ 1. EL PROCEDIMIENTO PENAL

Su importancia y sus relaciones con el derecho público

El *derecho penal* positivo, determina los actos y omisiones punibles en nombre de la justicia, del bienestar social y del particular del hombre, y crea la teoría legal de las penas, sus clases y distribución.

El *derecho procesal* es, con respecto al anterior, arte y ciencia que en la práctica institucional le da eficacia, le infunde vida; es su aplicación; es su medio.

El *derecho penal* positivo es así como el pensamiento que ha de traducirse en obras para la defensa de los principios sobre que reposa el orden público, gracias á los méritos del *procedimiento;* sin éste jamás descendería de la sublime abstracción del ideal para ser práctico, tan luego él, que supone en su esencia ejercicio y actividad.

El *procedimiento criminal,* según lo define Hélie, es el conjunto de formas que constituyen la justicia criminal y reglan su acción. Y para este mismo autor, el objeto de la *ley penal* es dar una sanción al derecho; el del *procedimiento* es asegurar su completa manifestación.

Para la represión de los delitos no basta reunir en un código perfecto las penas proporcionales á la culpabilidad; hay para ello, también, que instituir un orden de magistrados especialmente encargados de infligir en cada caso el castigo por el delito cometido; la ley debe predeterminar las reglas á que tales magistrados han de ceñirse para la averiguación del hecho criminoso y de sus agentes, y para calcular el grado de la responsabilidad individual que les corresponda.

« Poco ó nada, dice Tissot, se habría adelantado con haber formado « un completo catálogo ó categorías exactas de delitos, ó haber seña- « lado penas muy sabias para cada especie de infracción de la ley, « si fuesen insuficientes ó inciertos los medios para castigar al culpable, « ó no pudieran aplicarse las penas según el juicio del legislador ».

El célebre jurisconsulto Livingston, refiriéndose al Código de Procedimiento Criminal, cuya redacción se le había encomendado, ante la Legislatura de Luisiania, preconizaba la importancia y el objeto de

esta rama del derecho, con las siguientes palabras: « La parte que co-
« mete el delito y el individuo ofendido, raras veces la comunidad en
« general, son las solas personas á quienes afectan la perpetración y
« el castigo de un delito. Pero en las medidas prescriptas para preve-
« nirlo ó perseguirlo, cada individuo, aún cuando no tenga conexión
« con el hecho transgresivo de la ley, puede encontrarse compren-
« dido...

« Las reglas que nos indican de qué manera, en cuáles circunstan-
« cias y hasta qué extensión podemos usar de la fuerza para proteger
« nuestras personas y propiedad, ó la persona y propiedad de otro con-
« tra violencia ilegal, pertenecen también á la legislación procesal. Por
« lo mismo, sus disposiciones son más necesarias para el uso diario que
« cualesquiera otras de las demás partes del sistema; y puede, en conse-
« cuencia, decirse sin impropiedad, que la sociedad, aún cuando posea
« excelentes leyes que definan los delitos y determinen las penas que
« les son aplicables, si los medios que adopta para ponerlos en prác-
« tica son dispendiosos, dilatorios é inciertos, estará peor gobernada
« que una comunidad en que el Código Penal es defectuoso, pero en
« donde las reglas para ejecutarlo y para prevenir los delitos ó impe-
« dir su continuación, son fáciles, expeditas, baratas y justas ».

Una fuerza es indispensable para producir un efecto; y para sacar de la inercia esa fuerza, es necesario un procedimiento. El efecto que hay que producir en derecho penal, dando por sentada la determinación de la penalidad, es la aplicación de esta penalidad misma; es, en cierto modo, lo que Ferry afirma: « trasladar la pena y los medios de-
« fensivos, del terreno aéreo de las amenazas legislativas al terreno
« práctico de la defensa social contra los delincuentes. »

La fuerza ordenada á engendrar aquel efecto, reside en las jurisdicciones penales, en un conjunto de autoridades y personas diversas concurrentes y armónicas entre sí; y el procedimiento destinado á ejercitar su fuerza, es el llamado PROCEDIMIENTO PENAL.

Dice el distinguido publicista argentino, doctor Vicente F. López, en su hermoso Prólogo á las *Cuestiones prácticas del Derecho Procesal Penal*, del doctor Laudelino Vázquez, nuestro digno compatriota: « El
« procedimiento judicial puede no ser el punto de partida de la ciencia
« del Derecho; pero es, sin duda, el instrumento que completa su ac-
« ción social; la fuerza que la afirma por mano del magistrado, y que
« le da todo el valor práctico que tiene en el régimen de los pueblos
« civilizados.»

Como los procederes que hay que seguir para constatar la existencia de una transgresión penal, y el conjunto de las reglas para hallar el delincuente, evidenciar su culpa y castigarle, como él merece, con la pena legal y no otra, es lo que asegura la justa adaptación de la ley penal propiamente dicha, de aquí, repetimos, el alto concepto que se

tiene de la importancia de las formas judiciales en cuanto atañen á la criminalidad.

La formalidad, diremos con Ayrault, es tan necesaria que no es posible desviarse de ella un ápice, omitir la solemnidad requerida sin que todo acto de juzgamiento pierda incontinenti el nombre de justicia y tome el de violencia y aún el de tiranía.

«De nada serviría á los inculpados y á la sociedad», expresa Boissonade en sus comentarios al Código de Instrucción Criminal del Japón, de que fué redactor por encargo oficial, « que los hechos punibles « fueran netamente determinados por la ley, y las penas fijadas limi- « tativamente para cada uno de ellos, si la instrucción y el juicio estu- « viesen librados á lo arbitrario, si cada tribunal no tuviera sus atribu- « ciones propias, si la instrucción preparatoria no presentase garantías « suficientes para la libertad individual, ó si un respeto exagerado ha- « cia esta última comprometiese la seguridad social, y si la acusación « y la defensa no estuviesen colocadas sobre un pie de perfecta « igualdad ».

Si una imperiosa necesidad del orden público, agregaremos con el notable jurista italiano Francisco Saluto, requiere que la pena sea cierta, pronta y ejemplar, una condición no menos importante para la sociedad, exige seguramente que la libertad de los ciudadanos sea tutelada con sólidas garantías, que la defensa de los acusados obtenga libre y amplio desenvolvimiento, y la forma del juicio sea dirigida lo más pronto posible á este doble fin: *la verdad de la inculpación — la inocencia del inculpado.* Donde los legisladores han podido dejar al arbitrio de los jueces la elección de la pena conveniente á los delitos no han podido nunca cuerdamente abandonar á su talento y á su discreción la solemnidad de los juicios y la santidad de la judicatura sin caer en la más inmoderada arbitrariedad y en la anarquía más horrible.

Es absurdo querer colocar, en el curso de las preferencias intelectuales y legislativas, en primer término al *derecho penal* y en segundo al *derecho procesal penal:* es decir, en el primero la penalidad y en el segundo la jurisdicción y el procedimiento punitivo. El hombre honrado, el buen ciudadano pueden ponerse voluntariamente á cubierto de una mala penalidad, aunque sea con el sacrificio parcial de sus derechos; pero, ¿cómo se librarán de una mala jurisdicción arbitraria y abusiva, ó de un mal procedimiento penal? Buenas jurisdicciones con un buen procedimiento pueden ciertamente en muchos casos corregir los vicios, las anomalías de una penalidad; y este fenómeno se ha visto en Inglaterra, y en Francia bajo el antiguo régimen; pero, ¿qué será la mejor ley penal con una mala jurisdicción y un procedimiento igualmente malo? «Sea la penalidad la que se quiera», exclama el publicista Ortolán, «cada cual puede decir YO SABRÉ HUIR DEL CRIMEN; pero con

« un procedimiento vicioso y arbitrario, ¿quién podrá decir otro tanto « respecto del juez y de la condena? »

El procedimiento penal comprende, según Carrara, la resolución del más interesante entre los problemas jurídicos, esto es, « el de conciliar « en el proceso y en el juicio penal la tutela jurídica de los coasocia- « dos contra los malvados, con la tutela jurídica de los inocentes « contra las molestias y el peligro de una acusación temerariamente « formulada ».

En el sentir de Tissot, la manera de indagar los delitos y de perseguir á sus autores es lo que principalmente revela una civilización; ó las formas son nulas, extravagantes, absurdas é injustas, ó simplemente imperfectas, ó son todo lo que pueden ser, lo que consienten la sabiduría y la justicia humana en el más alto desarrollo. Las formas de procedimiento criminal sabiamente concebidas y fielmente observadas tienen más importancia bajo muchos puntos de vista que una penalidad perfectamente apropiada á los delitos. En la forma consiste toda la garantía de no ser acusado y condenado si no se tiene culpa, como también de gozar de la seguridad y de la inviolabilidad esenciales á la vida. Sin las formas hábilmente concebidas y seguidas con escrupulosa inteligencia, la arbitrariedad, la negligencia y la injusticia misma se sobrepondrán al derecho; la inocencia se verá amenazada por la institución que la debía proteger; «todos los derechos estarán en pe- « ligro, todos podrán ser atacados y violados sin fundada esperanza de « reparación ».

Que ocurra el vicio de procedimiento por el cual el criminal escape á la pena, el otro por el cual la inocencia sea flagelada, entonces la comunidad queda indefensa, y el orden de derecho, aliento vital para los pueblos, sin el desagravio que ha menester; el terror invadirá la conciencia humana; la alarma subirá de punto ante el peligro que sobre todos se cierne.

Por cuanto dejamos expuesto, podemos congeturar, valiéndonos de la vibrante palabra de Manduca, que, entre los nuevos estudios jurídico-sociales que interesan vivamente al hombre de ciencia y al estadista, se cuenta en estos tiempos que corren, el del *procedimiento penal*, que, siguiendo el espíritu humano, es la medida cierta, el modo más seguro de apreciar la cultura de las naciones, por su íntima relación con la organización política de las mismas, porque ora se manifiesta como la consecuencia práctica de un régimen despótico ó anárquico, ora como la consecuencia evidente de un régimen de libertad ó independencia. Y estando en estrecha relación con la cultura de los pueblos, con las costumbres del siglo, con las vicisitudes sociales, con el temperamento útil á la pública tranquilidad, y, no siendo raro, con las exigencias de gobiernos despóticos, ha debido sufrir las más extrañas combinaciones, ya en la organización de las autoridades judiciales, ya en el medio de afirmar el recto juzgamiento.

Es innegable que la penalidad no puede permanecer ajena á los cambios políticos de los pueblos, y por mayores motivos el *procedimiento penal*, en sus múltiples relaciones con los derechos civiles y naturales del ciudadano. La historia lo comprueba con numerosos ejemplos. que sería ocioso recordar: Francia ha sido en los tiempos modernos un gran foro donde han sido combinadas mil formas procesales en armonía con las transformaciones políticas que ha experimentado: España nos ha dado una prueba palpitante con la caída del absolutismo y el advenimiento al Poder de los principios democráticos.

Tan marcado es el vínculo que une las leyes procesales en materia penal con la libertad, que han podido decir autores como Félix de Aramburú y Zuloaga, en sus brillantes conferencias sobre *La nueva ciencia penal:* que se concibe un pueblo libre con un sistema penal defectuoso en sumo grado (como Inglaterra), y no se concibe con un sistema procesal tomado de vicios tan graves. Montesquieu, ponderando las excelencias del procedimiento en lo criminal, llegó á manifestar quizás exageradamente, que, en un país que tuviese las mejores leyes procesales, un hombre á quien se hubiese formado una causa y debiera ser ahorcado al día siguiente, sería más libre que puede serlo un bajá de Turquía.

En fin, los sabios todos del mundo jurídico están contestes en reconocer como un axioma que la libertad personal de cuerpo y de conciencia, la de palabra, la de asociación, etc., la inviolabilidad del domicilio, la de la correspondencia y el *self government,* deben inspirar y exigen inflexiblemente ritos procesales adecuados á su conservación y desenvolvimiento.

§ II. BREVES IDEAS ACERCA DEL PROGRESIVO DESARROLLO DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Las formas judiciales en materia penal, se dividen fundamentalmente en tres grandes etapas.

En efecto, conviene:

1.º Asegurarse de la existencia del delito ó falta que es causa de denuncia ó querella;

2.º Saber á quién debe culparse de su ejecución;

3.º Adquirir un convencimiento racional y lógico de la gravedad del hecho denunciado, y del grado de culpabilidad que implica legalmente;

4.º Pronunciar la pena que merece el delincuente, y

5.º Hacer que se aplique esta pena.

Estas cinco operaciones deben ser ordenadas y presididas por los jueces, que en el desempeño de sus legítimas funciones serán siempre el *alma máter* del procedimiento.

Pero, es forzoso declarar que la justicia del crimen no ha seguido invariablemente, en el transcurso de las épocas, esta marcha metódica, reflexiva y mesurada y mediante el empleo de autoridades escogidas.

Así, la primera revelación de la justicia aflictiva es la VENGANZA. Y nadie ignora que este arrebato de las pasiones egoístas de la humanidad. no admite tribunal ni autoridad constituída, no tolera formalidades lentas y circunspectas. Por venganza el herido hiere á su agresor ó á quien tal considera: le hiere sin la *convicción de la culpa*, sin elección ni justa medida en la represalia. Semejante procedimiento, en su naturaleza salvaje, es tan propio de los instintos animales del hombre, que subsiste á pesar del imperio de las leyes y costumbres de la civilización. Tal sucede cuando permiten ciertas leyes lavar con sangre una ofensa. Tal sucede con la consagración de los duelos, verdaderos resabios de un pasado en que la fuerza se sobrepone al derecho, no obstante las formas razonadas y hasta cierto punto razonables que circunscriben á estos actos, atribuídos por Tissot á una *sinrazón soberana*.

Entre los montenegrinos, la venganza de sangre es tenida como el único medio de perpetuar la justicia; pero se cuenta que las penitencias subsiguientes á aquel acto, restablecen con frecuencia la armonía entre los particulares y sus familias.

La venganza, como sistema penal, se manifiesta en las costumbres de Guinea de manera que, no pudiendo el individuo agraviado tomarla por sí mismo, si le faltare coraje ó fortaleza, la toman sus amigos. En aquel país, todo negro ofendido en su honor por su mujer, se erige en su propio juez; si es débil, puede recurrir á sus amigos seguro de que le prestarán su concurso decidido y entusiasta.

Para el árabe, la venganza es una religión que se transmite de padres á hijos, de generación en generación. ¡Guay del árabe que perdone!; será un miserable á los ojos de sus compatriotas. Sin embargo, en Arabia se admite, á veces, la compensación de la sangre. A estas represalias da lugar, entre particulares, el menor insulto; y entre las tribus un pozo, un rebaño, un caballo, una mujer. Se enciende la guerra entre tribu y tribu, durando largos años, por cosa baladí; se haría eterna, si la religión no interviniera en estas contiendas ordenando para cada año cuatro meses de tregua.

Ha habido y suele haber otra especie de venganza: la popular. En Atenas, en nombre de la ley se abandonaba á los malhechores á la feroz venganza del populacho. Solón estableció la facultad por la que todo ciudadano podía matar no solamente al tirano de su patria y sus cómplices, sino también al magistrado que continuase ejerciendo funciones de tal después de la caída de la democracia.

La transición de este bajo nivel de la justicia á la justicia regular, nótase en las disposiciones legislativas de muchos pueblos, que no

permiten matar impunemente al culpable sorprendido infraganti delito, sino en cuanto opusiese resistencia y se negase á ser entregado á sus jueces naturales, y principalmente con ocasión de ataques nocturnos y cuando se implora en vano el auxilio público.

Una manera muy original y elemental de constituir tribunales es la que se observa en el cantón de Urí: consiste en convocar á los primeros ciudadanos que se aproximan á los contendores, y confiarles la resolución de sus conflictos. Semejantes tribunales juzgan soberanamente del hecho y del derecho en litigio, después de oir á las partes. En Fez, los habitantes de la montaña de Magnan detienen á los pasajeros para que juzguen al punto sus procesos.

Donde quiera que se asienta una autoridad monárquica despótica, se adueña del derecho de juzgar. El déspota no se sujeta á otra ley que no sean los dictados de su conciencia. Sin embargo, su autoridad puede reputarse superior á la de los tribunales ocasionales que acabamos de mencionar, por su elevada posición social respecto de los litigantes, que la coloca sobre ciertas pasiones y le imprime mayor carácter y potestad, y con tanta mayor razón, si á esto se agrega la sabiduría y bonhomía del monarca.

Se ha dado un paso más en el progreso de las instituciones jurídicas, cuando el soberano, más ó menos absoluto, se ha rodeado de personas ilustres destinadas á informarle del derecho, con carácter deliberativo ó solo consultivo. En ciertas tribus de Nueva Zelandia, los culpables son citados ante un consejo de jefes, y son juzgados y sentenciados en plena sesión. Bueno es advertir que en este país las formalidades del juicio casi no se siguen sino para culpables de cierto rango; para los esclavos y para los hombres privados de protección, la suprema ley es el capricho de los jefes.

Un nuevo progreso es que, sea cual fuere el carácter de un tribunal, haya leyes y formas de procedimiento para juzgar á los criminales. Conviene que esas leyes sean equitativas y respondan á las necesidades de la sociedad á que se destinan, porque si perturban la conciencia pública ó si son insuficientes, quizás abran un ancho margen á la venganza personal.

Otro progreso es que las leyes procesales estén escritas. La codificación puede ofrecer inconvenientes y hasta peligros; pero con todo será preferible á la vaguedad, movilidad y tenacidad de las prácticas viciosas, que son la genuina expresión de las costumbres.

Pero no basta que los usos sean buenos, ni que las leyes que los consagran sean escritas; porque si el juez puede violarlas por abuso, por maldad ó por ignorancia, la justicia en lo criminal no presenta las garantías que fueran de desearse. Y así para obtenerlas, los reos tienen interés en que el príncipe, si es soberano, si tiene el poder legislativo entre sus manos, no sea juez, que siendo legislador á un tiempo, sea arbitrario.

El soberano, sea un rey ó sea el pueblo, que delega sus poderes judiciales, dictando leyes que sirvan de norma á los jueces, ofrece á todos mejor garantía de justicia. Sin embargo, ha de velar constantemente para que respeten las leyes los encargados de aplicarlas. La garantía es tal vez mayor si los jueces son de elección popular, y se precave, por su número y calidad, el efecto de las pasiones y de la ignorancia.

Aquí llegados en el curso de las precedentes reflexiones sobre el movimiento evolutivo general del derecho procesal penal, nos complacemos en acompañarlas de una exposición, aunque somera, del procedimiento seguido en las épocas y en los pueblos clásicos, cuyas instituciones gozan, merecidamente, la reputación de ser como las gigantescas columnas sobre las que se sustenta el derecho procesal penal positivo de los tiempos presentes.

§ III. INSTITUCIONES HEBRAICAS SOBRE PROCEDIMIENTO PENAL

El pueblo hebreo, de costumbres sencillas, basadas en un arraigado sentimiento religioso que les imprimía una fijeza y severidad proverbial, tenía, como todo el Oriente antiguo, una profunda veneración por la ancianidad, porque en el concepto de la ancianidad se contenía el de la sabiduría, el de la experiencia y el de la templanza, que eran, y siguen siendo, grandes virtudes que conducen á las sociedades por la senda del bien y del progreso. Y como inspiraran la rectitud y la justicia, de aquí el que fueran los ancianos hebreos los escogidos entre los suyos para dirigir la cosa pública, el gobierno de sus comarcas, el cuidado de sus derechos y para ser los custodios de la ley.

Israel sale de la esclavitud, recobra su libertad y se lanza fuera de los dominios faraónicos, y Moisés, proclamado su jefe, aparece administrando justicia desde por la mañana hasta la noche. Ardua y engorrosa tarea para un magistrado que tiene á su cargo, además de la decisión de asuntos particulares, el principalísimo de conducir á todo su pueblo á la tierra de promisión, salvando los naturales obstáculos de una marcha prolongada al través del desierto y de otros lugares desconocidos, manteniéndole en la fe de su Señor, reanimando sus esperanzas, y salvándole con la omnipotente ayuda de Dios de los ataques y furias de sus enemigos.

Refieren las Sagradas Escrituras que Jetro, suegro de Moisés, habiendo ido á encontrarle en su peregrinación en el desierto, notó que al día siguiente del dichoso encuentro, su yerno se sentó á despachar las causas del pueblo, el cual estaba alrededor de él desde la mañana hasta la noche. Vista por Jetro la solicitud de Moisés que acudía á todas las cosas del pueblo, dijo: «¿Qué viene á ser eso que practicas

« con el pueblo? ¿Porqué eres tu sólo en dar audiencia, y está todo el « pueblo esperando desde la mañana hasta la noche? — Respondióle « Moisés:—Viene á mí el pueblo á fin de oir la determinación de Dios. « Y cuando se suscita entre ellos alguna diferencia, acuden á mí para « que decida entre las partes y les haga conocer los preceptos de Dios « y sus leyes.—No haces bien en eso, replicó Jetro. Con trabajo tan « ímprobo te consumes, no solamente tú, sino también este pueblo que « te rodea. Es empeño superior á tus fuerzas; no podrás sobrellevarle « tú solo. Escucha, pues, mis palabras y consejos, y Dios será contigo. « Sé tú medianero del pueblo en las cosas pertenecientes á Dios, pre- « sentándole las súplicas que se le hacen, y enseñando al pueblo las « ceremonias y los ritos del culto DIVINO, y el camino que deben se- « guir y las obras que deben practicar. Para lo demás, escoge de todo « el pueblo sujetos de firmeza y temerosos de Dios, amantes de la « verdad y enemigos de la avaricia, y de ellos establece TRIBUNOS, « CENTURIONES y CABOS de cincuenta personas y de diez; los cuales « sean jueces del pueblo CONTINUAMENTE. Y si ocurre alguna cosa « grave, remítanla á tí, sentenciando ellos las de menos importancia; « y así será para tí más llevadera la carga, partiéndola con otros. Si « esto hicieres, cumplirás las órdenes de Dios y podrás cuidar que se « ejecuten sus preceptos; y toda esa gente se volverá en paz á su mo- « rada ».

Oídas estas razones, Moisés hizo todo lo que su suegro le había sugerido. Y habiendo escogido de todo Israel hombres de *pulso* y firmeza, los constituyó jefes del pueblo, tribunos y centuriones, y capitanes de cincuenta hombres, y *de diez*, ó decuriones. Los cuales administraban justicia al pueblo en todo tiempo; y las causas más graves las remitían á Moisés, juzgando ellos solamente las más fáciles. (Éxodo, cap. XVIII, vers. 5, 13, 14, 15. 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26).

Según Menochio, se apelaba del jefe de los diez hombres al de cincuenta, de éste al de ciento, y de los centenarios al tribuno; y en la cima de la jerarquía estaba el Consejo Supremo de los Ancianos, que fallaba con Moisés por apelación de estos negocios, y en los de gravedad conocía en primera y segunda instancia.

El texto sagrado parece denotar que estos magistrados eran vitalicios (Éxodo, cap. XVIII, vers. 22 y 26), y que los presentaba el pueblo á la designación de Moisés. (Deuteronomio, cap. I, vers. 13).

Había ya Moisés instituído. por consejo de Jetro, *decanos y tribunos* para decidir las controversias, pero además de que todos podían aún apelar á Moisés, siempre había de entender éste en los asuntos de más consecuencia y dificultad, y sobre todo, cargaba con el gobierno general del pueblo y con el conocimiento peculiar de todo lo que pertenecía á la religión. Mandóle, pues, Dios, formar un Consejo de Setenta Ancianos, que según los escritores judíos, escogió entre aquellos

que habían gobernado el pueblo en Egipto; y en este Consejo, á cuyo frente estuvo Moisés, residió después la soberana autoridad del gobierno. Tal fué el origen, ó á lo menos el modelo, del famoso *Sanhedrín* ó Consejo de los Judíos, aunque ya no reside en él el espíritu de Dios,—(Torres Amat). En efecto, dijo el Señor á Moisés: « Reúneme « setenta varones de los ancianos de Israel, los que tú conoces que « son autorizados y maestros del pueblo, y los conducirás á la puerta « del Tabernáculo de la Alianza y harás que estén allí contigo; y des« cenderé yo y te hablaré, y yo tomaré de tu Espíritu, y lo comuni« caré á ellos para que sostengan contigo la carga del pueblo, y no te « sea demasiado grave llevándola solo. »

El Sanhedrin ó Sinedrín (del griego *Sinèdrion*, que significa reunión de personas sentadas), se componía de setenta y un jueces, incluso el presidente, divididos en varias dignidades. La primera dignidad era el presidente, el más excelso; era, casi siempre, el sumo sacerdote; seguían, á su derecha, los dos vicepresidentes ó primeros asesores. Los otros asesores, que eran una tercera dignidad, formaban tres órdenes: 1.º el de los príncipes de los sacerdotes; 2.º el de los ancianos ó caudillos de tribus ó cabezas de familia; 3.º el de los escribas y sabios. Los príncipes de los sacerdotes eran los únicos asesores de derecho; hacían las veces de nuestros jueces de derecho en los tribunales mixtos modernos en que también hay jueces de hecho.

Los tribunales hebreos, inferiores, estaban constituídos en cada ciudad; el Sanhedrin en Jerusalem. Celebraban sus juicios en las puertas de las ciudades (Deuteronomio, cap. XXV, vers. 7), públicamente, de día, y de noche por excepción tratándose de una causa capital que no pudo ser juzgada en todo el día; no se podía juzgar en día sábado ni de otra fiesta.

Los juicios eran sumarios, propios de un pueblo errante. Se presentaban las partes ante los jueces que estaban sentados sobre una alfombra y asistidos de uno ó dos escribanos. Expuestas las pretensiones del actor y la defensa del reo, entraban los testigos, que en materia penal no podían serlo la mujer, ni el menor, ni el esclavo, ni el hombre de mala reputación, ni el que estaba, por sus enfermedades, privado del goce completo de sus facultades físicas ó morales; y los que eran admitidos á dar su testimonio, debían testificar la identidad de la persona, y expresar en su deposición el día, la hora y las circunstancias del delito; en dichos casos hacían también las veces de abogado, los auditores ó candidatos, que sentados al pie de los Jueces, seguían las sesiones del tribunal; así es que se les permitía presentar, en su propio nombre, aclaraciones favorables á la inocencia del acusado, y arengar desde su asiento á los jueces y al pueblo, pero no se les concedía el uso de la palabra cuando su opinión se inclinaba á la culpabilidad del reo. Se daba suma publicidad á los debates, y espe-

cialmente la mayor libertad en la defensa al acusado, que podía personalmente hacer uso de la palabra; así era que, si éste, cuando le llevaban al suplicio, declaraba á los magistrados acordarse de algunas razones que se le habían olvidado en su defensa, se le hacía volver ante los jueces, y esto hasta cinco veces; aún en el camino para el suplicio, se permitía á cualquiera persona que tuviese que dar alguna aclaración á favor del reo, que lo hiciera en el acto.

Los jueces, después de haber pesado en su ánimo las razones alegadas por las partes en el juicio y las pruebas producidas, sentenciaban inmediatamente. Si la sentencia, en lo criminal, era condenatoria de muerte, se difería su pronunciamiento definitivo hasta el tercer día no debiendo ocuparse los jueces en el día intermedio más que de la causa, absteniéndose, al mismo tiempo, de un alimento demasiado abundante, de vino, licores y cuanto pudiera indisponer el espíritu contra la reflexión. Al día tercero volvían los jueces á tomar su asiento en el tribunal; el que había condenado antes podía absolver en esta ocasión, y el que había absuelto no podía ya condenar.

Para ilustrar y ampliar los apuntes que anteceden sobre el enjuiciamiento penal hebreo, reproducimos á continuación el texto de algunos versículos de los Sagrados Libros que á él se refieren:

DE LOS JUECES Y ÁRBITROS

Éxodo, Cap. XXII, vers. 22 — Si armando pendencia algunos hombres, uno de ellos hiriere á una mujer preñada, y ésta abortase, pero no muriese, resarcirá el daño según lo que pidiese el marido de la mujer, y juzgaren los árbitros.

Ídem, ídem, vers. 30 — Si *los jueces* le imponen solamente una multa, dará en rescate de su vida cuanto le fuere mandado.

Ídem, Cap. XXIII, vers. 1 — No deis oídos á calumniadores, etc.

Ídem, ídem, vers. 2 — No sigas la muchedumbre para obrar mal: ni en el juicio te acomodes al parecer del mayor número, de modo que te desvíes de la verdad.

Ídem, ídem, vers. 3 — Ni aún del pobre has de tener compasión, tratándose de la justicia.

Ídem, ídem, vers. 6 — No tuerzas la justicia, condenando al pobre.

Ídem, ídem, vers. 7 — Huye de la mentira. No harás morir al inocente y al justo: porque yo aborrezco al impío.

Ídem, ídem, vers. 8 — No recibas regalos: porque deslumbran aún á los prudentes, y pervierten las sentencias de los justos.

Números, Cap. XXXV, vers. 21 — O si siendo enemigo le hiere á puñadas, y este otro viene á morir, el matador será reo de homicidio. El pariente del muerto, luego que le hallare, podrá matarle.

Ídem, ídem, vers. 22 — Mas si por accidente y no por rencor,

Ídem, ídem, vers. 23 — ni *anteriores* enemistades, cometiere algo de lo dicho,

Ídem, ídem, vers. 24 — y fuere probado esto en presencia del pueblo, ventilada la causa del homicidio entre el matador y el pariente del difunto;

Ídem, ídem, vers. 25 — el inocente será libertado de la mano del vengador, y por sentencia se le volverá á la ciudad en que se refugió, etc.

Deuteronomio, Cap. I, vers. 10 — No puedo yo solo gobernaros: porque el Señor Dios vuestro os ha multiplicado, y en el día de hoy sois en grandísimo número como las estrellas del cielo.

Ídem, ídem, vers. 12 — Yo no puedo solo llevar el peso de vuestros negocios y pleitos.

Ídem, ídem, vers. 13 — Escoged entre vosotros varones sabios y experimentados, de una conducta bien acreditada en vuestras tribus, para que os los ponga por caudillos y *jueces*.

Ídem, ídem, vers. 14 — Entonces me respondisteis: Acertada cosa es lo que quieres hacer.

Ídem, ídem, vers. 15 — Y así, tomé de vuestras tribus varones inteligentes y esclarecidos, y los constituí por príncipes vuestros, por tribunos y centuriones, y cabos de cincuenta y de diez hombres, que os instruyesen en cada cosa.

Ídem, ídem, vers. 16 — Y mandéles diciendo: Oidlos y haced justicia: ora sean ciudadanos, ora extranjeros.

Ídem, ídem, vers. 17 — Ninguna distinción haréis de personas: del mismo modo oiréis al pequeño que al grande: ni guardaréis miramiento á nadie, pues que vosotros sois jueces en lugar de Dios. Mas si alguna cosa difícil os ocurriere, dadme parte á mí, y yo determinaré.

Ídem, Cap. XXV, vers. 1 — Si hubiere pleito entre algunos y recurrieren á los jueces, adjudicarán éstos la palma de la justicia al que conocieren claramente que la merece; y al que vieren que es impío *ó injusto*, le condenarán por la impiedad *ó injusticia*.

Levítico, Cap. XIX, vers. 15 — No harás injusticia, ni darás sentencia injusta. No tengas miramiento *con perjuicio de la justicia* á la persona del pobre, ni respetes la cara *ó ceño* del poderoso. Juzga á tu prójimo según justicia.

DE LA ACUSACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS PENAS

Números, Cap. XXXV, vers. 19 — El pariente del muerto matará al homicida: luego que le hubiere á las manos le quitará la vida.

Deuteronomio, Cap. XIX, vers. 11 — Mas si alguno por el odio que tiene á su prójimo armase asechanzas á su vida, y arremetiendo contra él le hiriere y matare, huyéndose después á una de las ciudades sobredichas:

Ídem, ídem, vers. 12 — los Ancianos de la ciudad de él enviaran á sacarle del lugar del asilo, y prendiéndole le entregarán en manos del pariente del muerto, y se le quitará la vida.

Ídem, XXI, vers. 18 — Si un hombre tuviese un hijo rebelde y desvergonzado, que no atiende á lo que le mandan el padre y la madre, y castigado se resiste con desprecio á obedecer,

Ídem, ídem, vers. 19 — préndanle y llévenle ante los Ancianos de su ciudad, y á la puerta donde está el juzgado,

Ídem, ídem, ver. 20 — y le dirán: Este hijo nuestro es protervo y rebelde: hace befa de nuestras reprensiones: pasa la vida en merendonas y en disoluciones y convites.

Ídem, ídem, vers. 21 — Entonces, *dada la sentencia*, morirá apedreado por el pueblo de la ciudad: para que arranquéis el escándalo de en medio de vosotros, y todo Israel oyéndola, tiemble.

PRUEBA

Deuteronomio, Cap. XXI, vers. 1 — Cuando en la tierra que tu señor Dios te ha de dar, se hallare el cadáver de un hombre asesinado, sin que se sepa quién le mató.

Ídem, ídem, vers. 2 — saldrán los Ancianos y jueces, y medirán las distancias de todas las ciudades comarcanas desde el lugar del cadáver:

Ídem, ídem, vers. 3 — y los Ancianos de aquella ciudad que se hubiere averiguado estar más cercana que las otras, tomarán de la vacada una ternera que no haya traído yugo, ni arado la tierra,

Ídem, ídem, vers. 4 — y la conducirán á un valle erial y peñascoso que nunca haya sido labrado ni sembrado, y le cortarán allí el pescuezo.

Ídem, ídem, vers. 5 — Entonces se acercarán los sacerdotes hijos de Leví, elegidos por el Señor tu Dios para que sean ministros suyos, y den la bendición en su nombre, y por sentencia de ellos se decida todo negocio, y lo que es limpio ó inmundo:

Ídem, ídem, vers. 6 — y los Ancianos de dicha ciudad irán donde está el cuerpo muerto, y lavarán sus manos sobre la ternera que fué degollada en el valle,

Ídem, ídem, vers. 7 — y dirán: Nuestras manos no han derramado esta sangre; ni nuestros ojos lo han visto:

Ídem, ídem, vers. 8 — Sé propicio, oh Señor, á tu pueblo de Israel, á quien rescataste, y no le imputes la sangre inocente *derra-*

mada en medio de él. Con lo que no recaerá sobre ellos el reato del homicidio.

Ídem, ídem, vers. 9 — Y tú no quedarás responsable de esta efusión de sangre inocente, habiendo hecho lo mandado por el Señor.

Deuteronomio, Cap. XIX. vers. 15 — No bastará para *condenar* á nadie un solo testigo, cualquiera que sea el pecado y el crimen, sino que todo se decidirá por deposición de dos á tres testigos.

Ídem, ídem, vers. 16 — Si un testigo falso depone contra un hombre, acusándolo de prevaricación,

Ídem, ídem, vers. 17 — comparecerán los dos, cuya causa se trata ante el Señor en presencia de los sacerdotes y jueces que fueren en aquellos días.

Ídem, ídem, vers. 18 — Y si después de una exacta pesquisa, hallaren que el testigo falso ha dicho mentira contra su hermano,

Ídem, ídem, vers. 19 — le impondrán la pena que él intentó hacer caer sobre su hermano, y así arrancarás el mal de en medio del pueblo.

Éxodo, Cap. XXII, vers. 8 — Si el ladrón no parece, el dueño de la casa será presentado ante los jueces, y jurará no haber tocado al depósito de su prójimo,

Ídem, ídem, vers. 9 — ni tenido parte en el hurto, ya sea del buey, ya del asno, ya de la oveja, ó bien de ropa, ó cualquiera otra cosa que pueda ocasionarle daño: la causa de ambos se ventilará ante los jueces, y si ellos le condenaren, restituirá el doble á su prójimo,

Ídem, ídem, vers. 10 — Si alguno diere á guardar á su prójimo un asno, buey, oveja ó cualquier jumento y este muriere, ó fuere estropeado, ó cogido por los enemigos sin que nadie le haya visto,

Ídem, ídem, vers. 11 — se interpondrá juramento de que no tocó la hacienda de su prójimo, y el dueño se dará por satisfecho con el juramento y el otro no será obligado á resarcir.

Números, Cap. XXXV, vers. 30 — El homicida será sentenciado por dicho de testigos: nadie será condenado por el testimonio de uno solo.

ASILO

Números, Cap. XXXV, vers. 9 — Dijo aún el señor á Moisés:

Ídem, ídem, vers. 10 — Habla con los hijos de Israel, y diles: cuando hubiereis pasado el Jordán y *estuviereis* en la tierra de Canaán,

Ídem, ídem, vers. 11 — señalad las ciudades que deben ser asilo de los fugitivos que involuntariamente hayan derramado sangre *humana*,

Ídem, ídem, vers. 12—en las que estando el refugiado no podrá el pariente del muerto matarle hasta que se presente delante del pueblo y sea juzgada su causa.

Ídem, ídem, vers. 13—De estas ciudades destinadas para asilo de los fugitivos,

Ídem, ídem, vers. 14—habrá tres del Jordán acá y tres en la tierra de Canaán, y

Ídem, ídem, vers. 15—tanto para los hijos de Israel como para los advenedizos y peregrinos, á fin de que se acoja á ellos el que involuntariamente derrame sangre *humana.*

Deuteronomio, Cap. IV, vers. 41—Entonces designó y destinó Moisés tres ciudades á esta parte del Jordán hacia el Oriente,

Ídem, ídem, vers. 42—á donde se refugiase aquel que sin querer matase á su prójimo, no siendo su enemigo uno ó dos días antes, *ó de tiempo atrás*, y pudiese retirarse seguro á una de dichas ciudades.

Ídem, ídem, vers. 43—Estos fueron Bosor en la tribu de Rubén, situada en el Desierto en una llanura, y Ramot en Galaad perteneciente á la tribu de God, y Golán en Basán, la cual está en la tribu de Manasés.

Ídem, Cap. XIX, vers. 1—Cuando el señor Dios tuyo hubiere destruído las naciones, cuya tierra te ha de dar y tú la poseyeses y habitares en sus ciudades y casas,

Ídem, ídem, vers. 2—separarás tres ciudades en medio del país, cuya posesión te dará el señor tu Dios;

Ídem, ídem, vers. 3—allanando con cuidado el camino y dividiendo en tres partes iguales toda la extensión de tu tierra, á fin de que *así* tenga lugar cercano á donde poder refugiarse quien anda huido por razón de homicidio *involuntario.*

Ídem, ídem, vers. 4—Esta será la ley *ó calidad* del homicida fugitivo, cuya vida debe salvarse. El que hiriere á su prójimo sin advertirlo y de quien no consta que tuviese el día antes ó el otro más allá ningún rencor contra él;

Ídem, ídem, vers. 5—sino que de buena fe salió, *por ejemplo*, con él al bosque á cortar leña, y al tiempo de cortarla se le fué el hacha de la mano y saltando el hierro del mango hirió y mató á su amigo: este tal se refugiará en una de las sobredichas ciudades y salvará la vida.

Ídem, ídem, vers. 6—No sea que arrebatado de dolor algún pariente de aquel cuya sangre fué derramada, le persiga y prenda si el camino es muy largo y le quite la vida no siendo reo de muerte; puesto que no se prueba que hubiere tenido antes odio alguno contra el muerto.

Ídem, ídem, vers. 7—Por eso te mando yo que repartas las tres ciudades á iguales distancias entre sí.

Ídem, ídem, vers. 8—Pero en ensanchando el Señor Dios tuyo tus términos, como lo tiene jurado á tus padres, y en dándote toda la tierra que les prometió,

Ídem, ídem, vers. 9—(con la condición de que guardes sus mandamientos y hagas lo que hoy te intimo, esto es, que ames á tu señor Dios y sigas sus caminos en todo tiempo), añadirás otras tres ciudades á las sobredichas, duplicando *así* el número de ciudades de *refugio*.

Ídem, ídem, vers. 10—A fin de que no se derrame sangre inocente en medio de la tierra, cuya posesión te dará el señor Dios tuyo, ni tú seas reo de este derramamiento.

§ IV. INSTITUCIONES PROCESALES EN LO PENAL, DEL EJIPTO

Escasas son las noticias que se tienen sobre las instituciones procesales del viejo Ejipto.

Las funciones del alto Poder Judicial eran allí una prerrogativa de la clase sacerdotal. *Treinta* sacerdotes, entresacados de las capitales de las tres grandes divisiones políticas del país: *Tebas*, *Heliópolis* y *Menfis*, á razón de *diez* por cada una de éstas, espléndidamente remunerados, formaban el Tribunal Superior; juraban al entrar á ejercer su cargo excelso, *no obedecer al rey cuando preceptuase una injusticia*, legando á la posteridad un ejemplo de la independencia del Poder Judicial, por el que tanto han pugnado las democracias modernas, y el principio de la inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales, por parte de los jueces, que algunos quisieran ver justamente practicado en los tiempos y pueblos del presente; por lo que no siempre es bueno desdeñar por vana la historia del despotismo, que no raras veces tiene enseñanzas de libertad dignas del mayor estudio é imitación.

Entre los datos trasmitidos por Deodoro de Sicilia, se tiene por verídicos que los ejipcios no conocían legistas; que tramitaban sus asuntos judiciales por escrito, precaviendo las seducciones de la elocuencia, debiendo las partes redactar por sí mismas sus actos y alegaciones, Instruído el proceso, y después de deliberar los jueces, se abrían las puertas del Tribunal y se presentaba el presidente, elegido entre aquéllos, con un collar de oro al cuello, del cual pendía la imagen de la diosa *Saté, ó de la verdad*, adornada con piedras preciosas de inmenso valor, y revelaba el éxito del juicio volviendo aquella imagen hacia la parte vencedora. La sentencia era dada *in extenso* á las partes, en documento sellado por dicho presidente.

Se sabe que además del Supremo Tribunal á que nos hemos referido recién, había otros inferiores, correspondiendo uno á cada *nomo*, presididos por un *decano*, siendo sacerdotes sus miembros; á los cua-

les estaba sometido el juzgamiento en primera instancia, de las cuestiones litigiosas civiles, comerciales y criminales; y había otros establecidos en *Menfis, Tebas* y *Heliópolis*, que eran superiores á estos últimos y conocían de la segunda instancia.

Puede citarse entre las prescripciones de derecho procesal ejipciano, las siguientes:

El que encontraba á un hombre acometido por un asesino, ó víctima de alguna violencia, debía socorrerlo, so pena de incurrir en la misma pena del delito cometido, y si no podía, entonces debía dar aviso, denunciar el hecho y á los malhechores ante los tribunales, por cuya omisión era castigado á sufrir un número determinado de latigazos, y á la privación de alimento por tres días.

Una mujer embarazada no iba al suplicio sino después del parto, porque se consideraba soberanamente injusto que un ser inocente fuese partícipe de la pena de una mujer culpable, y que dos personas expiasen el crimen que una sola había cometido. Los jueces que hacían morir á un inocente, eran tan reos de delito como si hubiesen absuelto á un asesino.

En general las leyes ejipcianas, según el testimonio de célebres historiadores, eran notables por su justicia. Bossuet atribuye á ellas el origen de muchas de las disposiciones legales de los tiempos modernos, especialmente las relativas á la organización judiciaria. Efectivamente: la legislación del antiguo Ejipto tenía de meritorio que respetaba todos los grandes sentimientos del alma humana, á la vez que satisfacía las más sentidas exigencias del orden social, si hemos de atenernos á los informes que nos llegan por conducto de sabios investigadores de la verdad histórica.

§ V. INSTITUCIONES PROCESALES EN LO PENAL, DE LA INDIA ANTIGUA

El *Manava-Dharmasastra* ó *Código de Manú*, es un conjunto de leyes y preceptos religiosos, morales y políticos, que constituyen el reflejo fiel del estado primitivo de uno de los países orientales de mayor antigüedad histórica: la *India*. Traducido en francés el año 1877, en París, fué dado á conocer, recién en ese año, á la Europa científica. Romagnosi tentó darlo al idioma de su patria, pero fué sorprendido por la muerte antes de lograr su propósito, cabiendo, á poco después, el honor de su primer traducción al italiano, al fecundo historiador César Cantú. Si paramos mientes en la opinión de los más renombrados sabios indianistas, las leyes de *Manú* se remontan á los tiempos más remotos de la India Asiática, aunque su publicación es de una época que no puede ser anterior al siglo VII, ni posterior al siglo XII de la era anticristiana.

En esa curiosísima reliquia del pasado, dividida en varios *Libros*, se contienen, en el *octavo* y en el *noveno*, numerosas y avanzadas disposiciones procesales que, para mejor ilustrar á nuestros lectores, transcribiremos leal y fielmente.

En el Libro *octavo*, que trata del *oficio de los jueces y de las leyes civiles y criminales*, se lee:

1 — Un rey deseoso de examinar los asuntos judiciales, debe presentarse en el tribunal de justicia con humilde continente, y seguido de Bramanes y de consejeros experimentados.

2 — Sentado allí, ó bien en pie, con la diestra levantada, modesto en su traje y adornos, examine los asuntos de las partes contendientes.

3 — Decida diariamente las causas ordenadas en los diez y ocho *principales* títulos *siguientes*, por las razones que se desprenden de las costumbres particulares de los países, *de las clases* y *de las familias*, y de los códigos.

. . . .

9 — Cuando el rey no examine las causas por sí mismo, dé el encargo á un Braman que esté bastante instruído en estas funciones.

10—Examine éste los asuntos sometidos al rey, y diríjase con tres asesores al asiento de presidencia, permaneciendo en él sentado ó en pie.

11—En donde quiera que se sienten los Bramanes versados en los Vedas, presididos por un Braman doctísimo elegido por el rey, existe la asamblea llamada por los sabios el Tribunal de Bramán *por las cuatro fases.*

. . . .

20—El príncipe, si quiere, puede elegir por intérprete de la ley á un hombre *de la clase sacerdotal que no ejerza las funciones de ella*, y sólo recomendable por su nacimiento, ó bien á un hombre á quien se crea Braman, ó *aunque sea á un Chatria ó á un Vaisia*, pero nunca elija á hombre de la clase servil.

21—Cuando un rey tolera que un Sudra pronuncie sentencia á su presencia, su reino es miserable como una vaca en un pantano.

. . . .

23—El rey, *ó el juez á quien haya elegido*, principie el examen de las causas colocándose en la silla desde la cual ha de hacer justicia, decentemente vestido, y prestando toda su atención, después de rendir el debido homenaje á los custodios del mundo (Sokapalos).

24—Examine las razones de las partes por orden de clases, considerando lo que es útil ó perjudicial, y principalmente lo que es legal ó no lo es.

25—Descubra las intenciones de los hombres por medio de los sig

nos exteriores, por el metal de su voz, por el color del rostro, por su continente, por sus modales, por sus miradas y por su acción.

26—Por el continente, los modales, los ademanes, las palabras y los movimientos de los ojos y del rostro, se penetra el pensamiento más recóndito.

. . . .

53—El que invoca el testimonio de quien no estaba presente; el que después de declarar una cosa la niega; el que no advierte que las razones aducidas antes están en contradicción con las presentadas posteriormente;

54—El que, expuestos ciertos particulares, modifica su narración primera; el que preguntado sobre un hecho ya claro, no da respuestas satisfactorias;

55—El que ha hablado con los testigos donde no debía; el que rehusa contestar á una pregunta que se le ha hecho muchas veces; el que abandona el tribunal;

56—El que guarda silencio cuando se le manda hablar, ó no prueba todos sus acertos; finalmente, el que ignora lo que es posible ó imposible, todos deben ser despachados sin satisfacer sus demandas:

57—Cuando uno sale diciendo tengo testigos, é invitado á presentarlos no lo hace, debe el juez pronunciar sentencia contra él;

58—Si el actor no expone las razones de su demanda, debe ser castigado según la ley, con castigo corporal ó una multa, *según los casos*, y el que no responde en el término de tres quincenas, es condenado por la ley.

. . . .

61—Voy á deciros qué testigos deben presentarse en los pleitos por los acreedores y *los demás litigantes*, y cómo deben declarar la verdad.

62—Los amos de casa, los padres de hijos varones, los vecinos del mismo pueblo, pertenecientes así á la clase militar como á la comercial ó á la servil, siendo llamados por el actor, son admitidos á dar testimonio, pero no el primero que se presente, á no ser en caso de necesidad.

63—Deben elegirse como testigos en las causas, en todas las clases, hombres dignos de confianza, conocedores de sus deberes y exentos de codicia, y desecharse los de opuesta condición;

64—no admitiendo á los que el interés domina, ni á los amigos, criados ó enemigos, ni á los hombres de notoria mala fe, ni á los enfermos ni delincuentes,

65—ni al rey, ni á un artesano *bajo, como un cocinero*, ni á un cómico, ni á un teólogo perito, ni al estudiante, ni al escéptico separado de toda relación mundana;

66—ni á un hombre completamente dependiente, ni al de mala fama, ni al de profesión cruel ú ocupación prohibida, ni á un anciano, ni á nn niño, ni á un hombre soltero, ni al que pertenece á clase mixta, ni al de órganos debilitados;

67—ni al que está sujeto al dolor, embriagado ó loco, ni al que padece hambre ó sed, ni al que está oprimido por la fatiga, ni al enamorado, ni al colérico, ni al ladrón.

68—Deben las mujeres atestiguar por mujeres; Duidyas de igual categoría por otros Duidyas; Sudras honrados, por hombres de la clase servil, y hombres pertenecientes á clases mixtas, por hombres nacidos en tales clases.

69—Pero tratándose de un hecho acaecido en habitaciones interiores, ó en un bosque, ó tratándose de un homicidio, cualquiera que haya presenciado el hecho, debe dar testimonio entre las dos partes.

70—*En casos tales*, á falta de testigos *convenientes*, puede recibirse la declaración de una mujer, de un niño, de un anciano, de un estudiante, de un esclavo ó de un criado.

71—Pero como un niño, un anciano y un enfermo pueden no decir la verdad, debe el juez considerar como muy débil su testimonio, lo mismo que el de un mentecato.

72—Cuando se trate de violencias, hurto, adulterio, injurias y malos tratamientos, no debe examinarse con mucho escrúpulo la competencia de los testigos.

73—Debe el rey atender al mayor número, cuando discuerdan los testigos; declararse por los de méritos más eminentes en casos de igualdad, y siendo todos recomendables, por los Duidyas más perfectos.

74—Para que un testimonio sea valido, es preciso haber oído ó visto, *según los casos*. El testigo que dice verdad. en tal caso no pierde virtud ni riquezas.

75—El testigo que delante de la reunión de hombres respetables viene á afirmar otra cosa distinta de la que vió ú oyó, es precipitado de cabeza en el infierno, después de su muerte, y queda privado del cielo.

76—Cuando un hombre ve ú oye una cosa, aunque no sea llamado para atestiguarla, ni es preguntado acerca de ella, declárela como la vió ú oyó.

77—El testimonio único de un hombre exento de codicia, es admisible *en ciertos casos*, mientras que el de un gran número de mujeres, aunque honradas, no lo es (por la inconstancia del cerebro femenil) más que el de los delincuentes.

78—Las declaraciones de testigos voluntarios deben ser admitidas en el proceso; pero todo lo que puedan decir por otra parte,

movidos por un motivo cualquiera, no debe recibirse por la justicia.

79—Reunidos los testigos en la sala de audiencia, presentes el actor y el reo, intorrógueles el juez, exhortándolos con dulzura, de este modo:

80—« Declarad francamente cuanto ha pasado en este asunto recíprocamente entre las dos partes, en cuanto de ello tengáis conocimiento, pues se requiere vuestro testimonio. »

En el libro *nono* se lee:

233—Todo negocio llegado á su término, y juzgado, si lo fué según la ley, debe considerarse terminado por el rey, y no debe volverlo á principiar;

234—pero cualquier negocio que haya sido injustamente decidido por los ministros ó por el juez, vuélvalo el rey á examinar por sí mismo y condénelos á una multa de mil panas.

. . . .

249—Se considera por tan injusto en un rey dejar impune á un culpado, como el castigar á un inocente: la justicia consiste en aplicar la pena conforme á la ley.

250—Las reglas por las cuales debe pronunciarse sentencia en asunto judicial entre dos litigantes, os fueron minuciosamente expuestas en diez y ocho artículos.

. . . .

260—Tales son, con otros muchos, los ladrones que se muestran en público: sepa el rey discerníles, igualmnnte que á los demás que se esconden, ¡hombres despreciables que llevan la divisa de los hombres honrados!

261—Descubiertos por medio de personas seguras *disfrazadas*, y que se dediquen *en apariencia* á su misma profesión, ó por medio de espías exparcidos por todas partes, atráigalos y apodérese de ellos.

262—Publicadas las malas obras de cada uno, impóngales el rey un castigo proporcionado á su delito y á sus facultades.

. . . .

267—Por medio de espías diestros, que hayan sido ladrones, y que se asocien con ellos y sean prácticos en sus diferentes ardides, descúbrales y hágales salir de sus madrigueras.

268—Bajo diversos pretextos, de un delicado banquete, de una entrevista con un Braman, ó de un espectáculo de juegos, reunan los espías á todos éstos.

. . . .

271—Condene igualmente á muerte á los que en los pueblos y *en las ciudades* les provean (á los ladrones) de instrumentos y de asilo.

272—Si los hombres encargados de hacer la guardia en ciertos sitios, ó los de la vecindad que fueren designados, permanecen neutrales en las acometidas de los ladrones, castíguelos el rey inmediatamente como á tales.

§ VI. INSTITUCIONES DE LA ANTIGUA GRECIA SOBRE PROCEDIMIENTO PENAL

En los *tiempos heroicos*, la venganza y las represalias eran los medios, sino los únicos, los más eficaces de que podían valerse cuantos fueran ultrajados por delito. La autoridad del derecho era casi totalmente desconocida, apenas si en alguna causa entraba como factor principal para decidirla, siendo, en cambio, preeminente para torcer el fiel de la justicia la fuerza bruta con toda su cohorte de horrores. Uno que otro tribunal había para castigar el robo, el asesinato y el adulterio, pero su influencia era anulada por el asilo y la composición de partes, que frecuentemente los despojaba de su vaga ó indefinida jurisdicción.

La ley del *talión*, he aquí la suprema ley de aquellos días; el que mataba, debía morir. Pero frente de esta inexorabilidad, se alzaban los asilos á que se acogían impunemente los criminales, ó se abrían las fronteras de la patria para su emigración salvadora, ó se componían aquéllos con los parientes de sus víctimas, quedando la justicia social completamente desarmada, impotente.

Cuéntase que en dicha época, y también en posteriores, estaba consagrado por la costumbre que el que involuntariamente había cometido un homicidio, iba en peregrinación á casa de alguna persona virtuosa, á quien se reputaba *fuerte*, y confesaba el delito; allí, en pos de ciertas ceremonias religiosas, se le lavaban las manos con agua lustral; y después de esto, regresaba al seno de su país cubierto de pieles de fieras, empuñando una clava, en demostración de que había ejecutado obras expiatorias.

En *Esparta*, por largo tiempo no se conocieron leyes escritas. Licurgo no escribió nada. Sus máximas y sentencias eran transmitidas de viva voz, reduciéndoselas á versos para facilitar su recuerdo. Los heraldos las anunciaban con graves melodías al son de la cítara.

Los jueces debían ser ancianos.

Entre las instituciones espartanas dignas de preferente mención, se hallaba el Tribunal de los *Éforos*, cuya creación es atribuída á Licurgo. De escaso poder al principio, fué creciendo en autoridad; mientras que en lo antiguo decidía únicamente contiendas particulares, fué más tarde el fiscal severo de la conducta de los magistrados, no sólo cuando éstos cesaban en sus cargos, sino aún cuando estaban revesti-

dos de poder civil ó militar, pudiendo llamarlos á juicio, destituirlos, reducirlos á prisión, multarlos ó condenarlos á muerte, facultad que usaron á veces contra los mismos reyes, á quienes si juraban obedecer, lo hacían bajo condición de que no faltasen á sus deberes excediéndose de sus legítimas atribuciones. Los éforos, á ningún Poder del Estado que no fuera el ejercido por sus sucesores en su augusto Tribunal, no debían cuenta de sus procederes. Por esta circunstancia fué que Platón y Aristóteles compararon el poderío de los éforos á la tiranía. Sin embargo, era popular la magistratura de los éforos; se oponía á la aristocracia de los senadores y de los reyes por su origen electivo en las filas del pueblo; eran elegidos anualmente, mientras que los senadores y reyes ejercían á perpetuidad sus cargos.

Los éforos eran en número de *cinco* y vivían juntos en una casa situada en el Foro; obraban de común acuerdo ó por mayoría de votos.

El Senado también tenía competencia judicial respecto de las causas capitales.

En *Atenas*, se tuvo, muy especialmente desde Solón, el más elevado concepto del Poder Judicial. Los jueces solucionaban todos los conflictos de orden jurídico, y debían castigar las infracciones de las leyes, consideradas un sagrario por la conciencia pública; y en efecto, puede decirse que no había ramo alguno legal, administrativo ó constitucional, que una ú otra vez no tuviese que estar sujeto á la autoridad de los tribunales, porque cualquiera cosa que hubiese hecho algún particular ó magistrado, en el Senado ó en los comicios, si se creían haber sido hechas contra las leyes, podían denunciarse ante los jueces, y por su sentencia condenarse y anularse, ó aprobarse y confirmarse el hecho, lo que caracterizaba la notoria superioridad de los jueces respecto de los magistrados, del Senado y aun de los comicios, tanto más, si á esto se agrega que no fijando las leyes para todos los casos de jurisdicción judicial una norma segura y bien determinada para su resolución, solía ser necesario que la prudencia y el criterio de los jueces supliera el defecto de aquéllas, no teniendo la discreción judicial otro freno que la santidad del juramento. Mientras la religión, la probidad y la ciencia informaron inflexiblemente el criterio y la conducta de dichos jueces, se recomendaban sus fallos al pueblo por su bondad y rectitud, de que no siempre son norma segura las leyes escritas.

Siendo el Estado ateniense eminentemente democrático, tenía como uno de los principios de su constitución política, que el derecho de juzgar no era patrimonio de un magistrado ó jefe superior del gobierno, ni de clase ó persona alguna exclusivamente, sino que debía ejercitarse con igual derecho por todos los buenos sin diferencia alguna de censo ó de linaje. Y, desde luego, en cuanto este principio pudiese ser práctico, se elegía de entre la muchedumbre algunos hombres que, en

representación del conjunto, hicieran justicia. Al efecto, de entre todos los individuos que tenían derecho pleno de ciudadanía y no menos de treinta años de edad, se sacaban por sorteo anual *seis mil*, que eran llamados *dicastas* ó *heliastas*, que juzgaban muchas y gravísimas causas á la intemperie y á la luz del sol. Los nueve *arcontes* del Estado, juntamente con su *canciller*, eran los que presidían esta operación sorteando *seiscientos* ciudadanos por tribu. *Cinco mil* se dividían en *decurias* de quinientos hombres, y los *mil* restantes servían para sustitutos de otros en las *decurias*. Todos debían prestar juramento, y recibían tablas con sus nombres en ellas y con las figuras de *Medusa* y del *morhuelo* y la letra correspondiente á la *curia* á que estaban adscriptos.

Cuantas veces debían celebrarse juicios en las épocas señaladas por los *tesmotetas*, se reunían los heliastas en el *Foro*, y allí aquéllos sorteaban el Consejo y los magistrados bajo cuya presidencia debía cada *decuria* juzgar. Terminada la elección, dábanse á los jueces bastones marcados con el color y la letra de aquellos *dicasterios* en que debían ser jueces. Al entrar á ejercer, recibían una tarjeta que, terminado el juicio, entregaban á los *colacretas* encargados de recobrarlas y de distribuir el honorario judicial.

En Atenas había muchos *dicasterios* ó lugares de los juicios, pero no se sabe con exactitud cuál era su número. La generalidad tomó nombre del sitio mismo de su residencia, como lo tomó el Paladio, el Delfinio, etc. Los más residían cerca del Foro.

Entre los atenienses apenas había género alguno de delitos graves que no pudiese perseguirse por acusación pública, dependiendo muchas veces del acusador el hacer uso del proceso público ó del privado, verbigracia en los casos de hurto y en los de injuria, que eran considerados de los menos graves.

Los procesos públicos tenían allí de particular que podían ser intentados por cualquier ciudadano, aunque no le afectase directamente el delito respectivo, y si el reo era condenado á pena de multa ésta no era para el acusador, sino que debía ingresar á las arcas de la República; sin embargo no era extraño que se asignase una parte en favor de aquél, en calidad de premio; y si el acusador abandonaba el proceso ó perdía la litis sin obtener el *quinto* de los votos en el juzgamiento sobre si había habido ó no mérito para la acusación, se le imponía una multa de *mil dracmas* y la prohibición infamante de intentar en lo sucesivo ningún proceso de la misma especie, porque demostraba que, ó había hecho traición á la causa de la república, ó abusado maliciosamente del derecho de acusación.

Los procesos privados sólo podían instruirse por los que en ellos tenían interés directo, ya por sí ó por sus representantes legítimos (padres, tutores y curadores); si en su virtud se imponía multa al reo, ésta correspondía enteramente al acusador.

En la mayor parte de las causas no se podía principiar el proceso sino con previa citación del presunto reo, con la cual se le intimaba que en día determinado compareciese ante el magistrado para conocer la acción que se intentaba; sin citación, el magistrado no daba curso al proceso. El actor debía hacer la citación en algún sitio público, en presencia de testigos; se estilaba hacerla con agentes oficiales. La comparecencia era obligatoria para los acusados de ciertos delitos, por los cuales podía procederse á su detención ó arresto. A menos que se tratase de encausar á un ciudadano, era usado en Atenas que el actor diese caución. El citado que no compareciese, era juzgado en rebeldía, como contumaz, si no presentaba disculpas justificables.

El actor debía jurar que no promovía la litis con intención de dañar; la caución que además debía prestar, según antes hemos dicho, consistía en un depósito de dinero por valor, generalmente, de *cien dracmas*, que en caso de absolución era entregado, á cuenta de indemnización, al reo absuelto, ó se distribuía entre los jueces.

Por el derecho ático se había establecido como medios de prueba: los documentos; las leyes, si se discutía sobre legislación; los testigos, cuyo testimonio debía ser escrito, no pudiendo darlo aquéllos que no habían presenciado el hecho de que se trataba; el que lo había oído exponer á otro, sólo podía deponer por causa de haber muerto este otro; el examen de los esclavos, cuyas deposiciones se escribían y eran suscritas por unos *cómitres*, funcionarios encargados de recibirlas imponiendo la tortura; los esclavos no se tenían por dignos de ser creídos si no eran sometidos á la prueba del dolor. Era costumbre muy admitida no examinar los esclavos en el lugar mismo del juicio, ante el Tribunal; pero siempre debía examinárseles públicamente. También formaba en el número de las pruebas, en los procesos áticos, el juramento, el cual se ofrecía ó se defería, debiendo escribirse y recitarse en el juicio.

Recibidas estas pruebas ante el magistrado, le eran consignadas; y cerradas y selladas por aquél, se guardaban en una caja hasta el momento de someterlas al examen de los jueces. La instrucción de los procesos penales era morosa en Atenas. No así la de algunas causas civiles; para las de comercio, contribuciones, minas y recompensas, la ley había prescrito el término perentorio de treinta días para concluirse, desde su respectiva instrucción; por lo que se llamaban *causas mensuales*.

Después que los jueces se reunían para juzgar las causas, tomaban asiento, y los litigantes eran llamados á su presencia por los pregoneros. El *canciller* leía el *libelo* (expediente), y las partes eran invitadas á hablar; las leyes no les permitían valerse de abogados en el juicio, viéndose, pues, en la necesidad de aprender de memoria, muchas veces, las defensas que otros les escribían; sin embargo, se contrariaba

frecuentemente el espíritu de esas leyes prohibitivas con el auxilio tolerado de *patronos*, cuando se acusaba ó se respondía á la acusación, gozando esos auxiliares de gran prestigio é influencia por su sabiduría.

Las oraciones pronunciadas tenían por objeto no solamente persuadir á los jueces, sino también conmoverlos por medio de la frase sentimental, moviéndolos por la excitación del odio, del favor y de la compasión: poniendo en juego protecciones, súplicas, intercesiones, en fin, todos aquellos recursos adecuados para atraer, en determinado sentido, la atención, el interés y las simpatías del auditorio.

El *canciller* leía en alta voz, en medio de las arengas, las actuaciones, cuanto constaba en el legajo de la prueba.

Los testigos que no habían declarado durante la sustanciación del juicio, solían ser citados en el juicio mismo. debiendo comparecer, para que declarasen ó jurasen que nada sabían, so pena de multa ó tortura. Los que ya habían declarado debían estar presentes en el juicio, para que, ó con palabras ó con el silencio, aprobasen su deposición leída por el *canciller*.

Terminadas las arengas, el magistrado que presidía el acto, ponía á votación la solución de la causa. Dábase el voto ocultamente ó públicamente, en esto no había uniformidad, poniendo en una urna bolas blancas ó negras, enteras ú horadadas, que agarraban con las yemas de los tres primeros dedos de una mano, para que fuese visto que no se echaba á la urna más de una. Absolvíase al reo cuando había paridad de sufragios.

Los condenados á muerte ó á prisión eran consignados á los *undecenviros*, y los condenados á la esclavitud á los *poletas*. Prescribíase un día á los desterrados, y si dentro de él no habían marchado, podían ser muertos impunemente por cualquiera. Los bienes confiscados se daban á vender á los *poletas*. Las multas eran recaudadas por los *pretores* ó por los *cuestores* de los sagrados erarios ó por el rey, según fuesen aplicadas al fomento de las cajas de los dioses ó de la república, aumentándose si en el tiempo señalado no había pagado el reo.

El orden de juicios sancionado por Dracón, aquel hombre austero, lleno de luces, de quien no obstante se ha dicho que escribió sus leyes con sangre, pues todas las faltas las castigaba con la muerte, porque estaba convencido de que el menor delito merecía esta pena, y sentía que no hubiese otra mayor para los grandes crímenes; ese orden de juicios, repetimos, fué conservado por Solón, que modificó y atemperó el relativo á la clase de delitos que no fuesen capitales, si bien dividió la antigua exclusiva jurisdicción de los *efetas*, atribuyendo á otros tribunales parte de la misma, como al *Senado areopagita*, compuesto de *ex arcontes*, que empezó á conocer de los homicidios voluntarios, envenenamientos, heridas con intención de matar é incendios. Ya desde

Dracón, las leyes atenienses obligaban á acusar el homicidio á los parientes del muerto. Las mismas leyes autorizaban á los dueños á tomar venganza por la muerte de sus esclavos, y á los patronos por la de sus libertos.

En estas causas graves, comenzaba el procedimiento por la intimación solemne al homicida para que se apartase de las casas y los lugares públicos y sagrados donde no le era lícito aparecer. Esta intimación se hacía junto á la tumba del muerto, en sus funerales, y en el Foro cuando el matador era llamado á juicio, y finalmente por el rey, cuando recibía la delación de su nombre; y después de haber escrito á éste entre el de los reos, decidía el rey si la causa debía pasar á ser juzgada por los *areopagitas*, ó á los *efetas*, y si perteneciendo á estos últimos debía pasar al *Paladio* ó al *Delfinio*. El reo podía discutir la competencia, siendo atributivo del rey decidir.

La instrucción de estas causas graves debía verificarse dentro de *tres meses*, y en el cuarto llevarse el asunto *á la vista*.

En el *Areópago*, ésta tenía lugar á cielo descubierto, porque se juzgaba que no era propio que el criminal estuviere bajo un mismo techo que los jueces y los parientes de la víctima. El pueblo, separado por una cuerda del tribunal, podía presenciar. Presidía el rey, sin corona en la cabeza. El actor y el reo debían jurar. Á juramento igualmente solemne estaban obligados los testigos presentados por una y otra parte. Una y otra, ó sus abogados, podían hablar dos veces, sin salirse de la cuestión, estándoles vedado excitar los sentimientos de los jueces; se les insinuaba que expusieran simple y claramente sus defensas. Si no bastaba un día para concluir la *vista* de las causas, se empleaban dos días.

El reo de delito de homicidio y sus análogos por la gravedad, podían expatriarse voluntariamente antes de terminado el juicio, y entonces quedaban exentos de pena que no fuera la confiscación de sus bienes.

El día tercero, y á solas para no conmoverse con la presencia del acusador y del reo, después del juicio anteriormente descrito, los areopagitas practicaban la votación, recibiendo una urna de bronce (la de la *muerte*) las bolas de los que condenaban, y otra de madera (de la *misericordia*) las de los que absolvían. Si había empate, quedaba absuelto el reo por la bola que se decía de *Minerva*.

El Areópago, por la solemnidad de sus actos, la sabiduría y austeridad de sus miembros componentes, cuyo número nunca excedió de *cincuenta y uno*, y por la majestad del silencio y recato que guardaba, llegó á ser un tribunal el más augusto de su época. Además de las facultades judiciales de su investidura, tuvo la de revisar y anular los decretos dictados por la precipitación y ceguedad de las pasiones del pueblo. Antes de Solón, fué un instrumento de la tiranía en manos de los nobles; el sabio y prudente legislador resolvió ponerle al servicio

y como en apoyo de la constitución político-democrática de su patria, determinando que no figurasen en él personas que no tuvieran el honroso título de ex arcontes, cuya honorabilidad, cuya conducta intachable, fuera abonada por el hecho de haber rendido satisfactoriamente al pueblo las cuentas del arcontado que habían ejercido.

§ VII. INSTITUCIONES DE PROCEDIMIENTO PENAL EN ROMA ANTIGUA

LOS REYES. — El Poder Judicial fué en un principio ejercido por el Rey como una de sus principales prerrogativas. Él juzgaba los hechos privados y públicos por sí mismo, cuando no valido de *patricios* á quienes solía delegar tan preciosa facultad. No era raro tampoco que el pueblo fuera algunas veces encargado por el Rey de examinar las cuestiones criminales cuando se trataba de la vida de un ciudadano.

LA REPÚBLICA.—*Desde su advenimiento hasta la Ley de las XII Tablas.* — Entre las leyes obtenidas por el pueblo, que llamábanse *Le es Valeriæ,* porque á proposición del Cónsul Valerius Publícola fueron sancionadas por las *centurias,* hubo una que prohibía que toda pena que privase al ciudadano romano de la vida, de la libertad y de sus derechos de ciudad, fuese irrevocablemente pronunciada por un solo magistrado: la apelación ante el pueblo en los *comicios por centurias* (PROVOCATIO AD POPULUM) podía tener lugar siempre en tales casos.

Se dice que esta ley existía anteriormente en las costumbres populares de Roma, si bien únicamente favorecía la casta patricia; pero lo cierto es que no fué escrita y generalizada sino en la primera etapa de la República.

Estaba, en consecuencia, vedado crear jueces sin sujeción á esa prescripción legal. El infractor de esa prohibición podía ser muerto impunemente.

Cada particular podía perseguir ante el pueblo el castigo de los crímenes capitales; los comicios delegaban frecuentemente sus poderes judiciales á ciertos ciudadanos denominados *questores parricidii,* que debían presidir los juicios, dirigir la instrucción y juzgar en nombre del pueblo.

La *Ley Valeria* no beneficiaba á los extranjeros y á los esclavos; los cónsules podían por propia autoridad, hacerlos castigar, azotar y matar. Ni se extendía á más de una milla fuera de la ciudad. Enmudecía y perdía todo su vigor allí donde alcanzaba la potestad paterna, que tenía derechos sobre la vida de los hijos.

En los tiempos primitivos de Roma republicana el derecho público y privado adolecía de dos vicios contra los que el *plebeyo* luchó hasta vencer. Era incierto, velado para el vulgo; era desigual respecto de patricios y plebeyos. Estos últimos se propusieron hasta conseguir: 1.º la publicidad de las leyes; 2.º la igualdad de derechos.

Diez magistrados escogidos por los comicios en el orden de los senadores, recibieron la misión de escribir las leyes civiles de la República. Fueron los *decenviros* (DECEMVIRII), dueños de un poder excepcional, verdaderamente dictatorial. Todos los cargos fueron suspendidos; los *cónsules*, los *questores*, los *ediles*, los *tribunos* depusieron su autoridad por espacio de un año en los *decenviros*, que sin marearse en las alturas de un gobierno sin vallas hicieron buen uso de su majestad y moderación, administrando justicia, al mismo tiempo que redactaban diez tablas de leyes que fueron expuestas en la plaza pública (PROMULGATÆ), confirmadas por los comicios centuriales y ampliadas con dos tablas más á poco después.

Así la *Ley de las XII Tablas* fijó los fundamentos del derecho privado de Roma hasta Justiniano. En opinión de respetables autores era el compendio de las creencias y costumbres nacionales. Establecía, entre otras disposiciones las siguientes: *Sea la ley inmutable, general y sin privilegios: El patrono que trate de perjudicar á su cliente sea maldito: Nadie será privado de la libertad: Para que el noble no se vengue en los juicios, el delito capital no podrá ser juzgado sino por el pueblo en los comicios centuriales: El juez corrompido muera: El testigo falso sea precipitado de la Roca Tarpeya:* etc.

Desde la promulgación de las XII Tablas hasta la sumisión de toda Italia — En toda esta época fueron instituidos los *censores*, especie de magistrados. Eran dos. No podía recaer su elección en personas que no fueran *senadores*. Los comicios de las centurias los elegían. Un mismo senador no podía ocupar dos veces dicho cargo, que hubo de durar cinco años en un principio y año y medio después.

Además de la atribución que tenían los *censores* de clasificar los ciudadanos según su rango, Roma los había hecho depositarios de una inmensa potestad moral: llegaron á ser guardianes de las costumbres públicas y privadas; podían poner nota infamante al plebeyo, al senador, á los cónsules, al mismo pueblo; anatematizaban el lujo del rico, los hábitos del libertino, la mala fe del perjuro, la negligencia del caballero, del soldado, del cultivador, la debilidad del magistrado que en un momento de peligro desesperaba de la República. Ha habido ejemplos de censores que han puesto esas notas á tribus enteras.

Parece indudable que los *censores* eran un poder singular que debía su mayor fuerza á la opinión y al civismo de cada romano. Sus notas eran tan eficaces que podían hacer arrojar del Senado al senador, al caballero podían quitar su caballo, al ciudadano excluirlo de toda clase y consideración social privándole del derecho de sufragio, excluyéndole del censo de la ciudad que fijaba un impuesto proporcional á su fortuna, para volverle ÆRARIUS sometiéndolo á una capitación arbitraria para toda contribución.

El poder discrecional de cada *censor* tenía un contrapeso en el de

su colega, que podía, interviniendo en cada caso, suspender ó anular los efectos de sus actos; pero sus comunes censuras no sufrían control ni menoscabo de los *censores* sucesivos.

Desde los antiguos tiempos de Roma, ya en tiempo de los reyes, como en el de los cónsules y en el de los pretores, se manifestaba en la administración de justicia la separación entre la jurisdicción general acompañada del ejercicio de otros poderes conexos, y la misión particular dada en algunos casos, de examinar, de apreciar la contestación entre litigantes, y la de concluirla con una sentencia.

Los reyes, primero; en seguida los cónsules; y luego los pretores, fueron los magistrados de la ciudad principalmente investidos de jurisdicción procesal y de sus poderes conexos. Ante ellos la demanda (IN JURE) debía iniciarse; ante ellos debían celebrarse los solemnes ritos de las acciones legales.

Eran ellos los únicos con autoridad para declarar el derecho (JUS DICERE); para organizar las instancias y constituir para cada negocio según las circunstancias, el juez (JUDEX) encargado de estudiarlo, resolverlo, previa determinación del principio jurídico aplicable al caso y atento á una decisión condicional de aquel magistrado supremo, de absolución ó condenación, que el *judex* debía aplicar.

Como se comprenderá, el juez *(judex)* era un ciudadano al cual el rey, ó el cónsul, ó el pretor, daban una misión judicial en cada causa y por cada una de ellas solamente. Se tenía como un principio de derecho público entre los romanos que, mientras el magistrado debía ser electo y creado por la ciudad, el juez debía ser designado para cada causa por las partes, ó al menos bien recibido por ellas; en discordia de las mismas al respecto, decidiría la suerte.

Ser juez *(judex)* fué hasta mediados de la República un privilegio de los patricios, no pudiendo ser otros que los senadores. De una lista de unos *trescientos* debía sacarse el juez, á quien el magistrado discernía la autoridad de juzgar en una causa determinada, con juramento de cumplir bien el cometido (JUDEX JURATI).

Los jueces eran llamados *árbitros* (ARBITER) cuando el magistrado les dejaba ó permitía, considerando la naturaleza del asunto, una gran latitud de apreciación y decisión.

Se podía nombrar más de un *judex* ó *arbiter* para cada cuestión, pero ordinariamente era uno el nombrado.

Coexistía con los *judex* y *arbiter* otra clase de jueces: los *recuperadores* (RECUPERATORES). Los pretores organizaron de tal modo las instancias, según los casos, que daban á las partes un *judex* ó un *arbiter*, ó varios *recuperatores*, hasta *cinco*. Esta nueva institución se diferenciaba de las otras dos en que podía estar servida de cualquier ciudadano, sin distinción de castas, bastando que cuando fuera preciso se hallase cerca ó á la mano del magistrado, de manera que pudiera

ser en el acto nombrado y constituído en el cargo. Su administración debia ser más expeditiva que la de los *judex* y *arbiter*. El monopolio imperante de los senadores fué una vez más quebrantado á causa de esta original institución, por cuyo medio los plebeyos, tanto tiempo excluídos de la judicatura, tuvieron acceso en ella, participando en esto de la cosa pública, garantiéndose más y más contra el despotismo de una aristocracia hasta entonces avasalladora.

Otro tribunal que tuvo competencia en materia criminal y en lo civil, fué en Roma republicana el de los *centunviros* (CENTUMVIRII). Era permanente, si bien sus miembros, tres de cada *tribu*, se renovaban anualmente por elección de las *tribus* reunidas en comicios.

Dicho tribunal *centumvirii* se dividía en cuatro seccio nes ó Cáma ras, cuyo objeto especial nos es ahora desconocido.

Antes de Octavio, el pretor presidía las sesiones de los *centumvirii*: más tarde esta presidencia fué atribución propia de magistrados especiales.

La competencia de ese alto tribunal abarcaba el conocimiento de las cuestiones de Estado, de las relativas á la propiedad quiritaria y sus desmembramientos; abarcaba toda cuestión sobre sucesiones testamentarias y *ab intestato*.

Resumiendo lo expresado acerca de la época romana que estamos analizando y lo que sobre lo mismo hallamos escrito en obras clásicas, diremos: que el pueblo, los plebeyos, el cónsul y el pretor eran autoridades judiciales. En los negocios criminales tenían jurisdicción: los comicios por centurias y por tribus; los questores por delegación de los comicios; el Senado sea por delegación de los comicios, sea por sus propias atribuciones; los cónsules, el pretor, por delegación del Senado. Los comicios por centurias podían sólo pronunciar la pena de muerte; las tribus, la de destierro y la de multa. Se trataba de un delito público que llamaba la atención de los ciudadanos, por el que era acusado un magistrado, un cónsul, las centurias ó las tribus se guardaban bien de abandonar la acción correspondiente. Se trataba de un delito menos grave ó privado, las centurias y *las tribus* delegaban sus poderes á un *questor parricidii*, el mismo Senado delegaba su jurisdicción en un *questor* ó en otro magistrado, sin que el pueblo pensase reivindicar sus derechos ó asumir su propia y soberana personería. Si los acusados eran extranjeros, esclavos, individuos en general, que no gozaban de los beneficios de la ciudadanía, ó si se trataba de infligir una pena leve, entonces era el pretor la autoridad competente. Los centunviros tenían cierta jurisdicción en lo penal, pero que los años han borrado y hecho olvidar.

Desde la sumisión total de Italia hasta el Imperio.—Puede resumirse la historia del Poder Judicial romano en esta época, en cuanto atañe al procedimiento punitivo, así: los pretores, los centunviros, los decen-

viros, los jueces-jurados, los árbitros y los recuperadores, concurrían administrando justicia: los pretores, con una vasta jurisdicción; los otros como jueces encargados de pronunciarse sobre una causa en particular.

El establecimiento de *quæstiones* ó *delegaciones perpetuas*, quitándole al pueblo una buena parte de su jurisdicción, hizo salir, sin embargo, de la vaguedad y de lo arbitrario el derecho penal en lo referente á delitos á que se aplicaba alguna de esas cuestiones.

Cada delito tenía su ley, su tribunal y su procedimiento bien determinados. Nadie podía ser citado ante uno de esos tribunales permanentes, si no era en virtud de una ley, de un plebiscito ó de un senado-consulto (SENATUS-CONSULTUS) aprobado por los tribunos. La acusación era ó no permitida. Si lo era, se designaban los jueces competentes. A los jueces-jurados se les elegía de una tabla anual preparada y fijada en el *Forum* por el Pretor Urbano, bajo juramento de no incluir en la lista más que el nombre de ciudadanos selectos, que reuniesen las cualidades prescriptas en la ley, y que no excediesen, por su número, al que ésta misma tuviese señalado.

La ley también expresaba el modo de designar los *jurados*, así como el número correspondiente á la gravedad de cada delito. Comunmente el acusador los seleccionaba por partida doble, debiendo el acusado recusar la mitad. En muchas ocasiones los *jueces-jurados* eran sacados por sorteo de la lista del Pretor Urbano, pudiendo tanto el actor como el reo, recusarlos á voluntad y *sin motivos*. Los patricios, senadores y caballeros gozaron los primeros, privilegiadamente, el derecho de ser *jurados*, tocando más tarde á los demás ciudadanos.

Los *comicios por centurias*, á más de ser en sus días los únicos tribunales que juzgaban las causas capitales, según el texto de *la ley de las XII Tablas*, fueron el último resorte de la justicia criminal, porque á ellos recurrían, por apelación, los interesados en un juicio ya fallado por los magistrados. Eran convocados por el Cónsul, el Pretor ó los tribunos, á solicitud de los acusadores ó de los apelantes. El día del juicio, el acusador y el acusado tomaban sucesivamente la palabra; los testigos eran oídos. El pueblo aceptaba ó rechazaba la acusación. La requisición del actor enunciaba el crimen y la pena correspondiente. Lo que el pueblo la admitía por la fórmula UTI ROGAS, declaraba á la vez que el acusado era culpable y que la pena solicitada sería aplicada.

La acción privada fué la única ejercitada en los primitivos tiempos de Roma; posteriormente se ejerció también la pública, tratándose de crímenas graves, entre los cuales figuraban los de lesa patria ó contra la salud de la República. Los comicios conocían de las causas privadas por apelación (PER PROVOCATIONEM). Su jurisdicción fué restringida, tanto en primera como en segunda instancia, llegando á recaer solamente sobre los ciudadanos.

El Senado conocía de las causas no capitales y de las de los extranjeros. Fuera de la ciudad, los crímenes políticos, de conspiración y rebelión, le eran también sometidos. Fué con frecuencia delegado por los comicios. Tenía el derecho de denunciar los crímenes, de levantar sumarios y de ordenar que las querellas se formulasen ante el pueblo. Cabíale, pues, una especie de acción pública, y velaba por la conservación del orden, recogía los primeros elementos de comprobación de los crímenes contra el Estado, y cuando su juzgamiento ultrapasaba los límites de su competencia, los denunciaba á los jueces y magistrados competentes.

Tales eran, en Roma, las dos jurisdicciones principales en materia criminal desde el IV al VI siglo de su fundación. Con ellas participaban secundariamente de la judicatura: los *questores* (que perseguían los homicidios), los *censores* y los *dunviros*.

En el siglo VII se crearon las QUÆSTIONES, ó jurisdicciones, verdaderas delegaciones singulares del poder judicial, á que antes hemos aludido. El pueblo y el Senado habían tenido hasta allí la facultad de delegar su potestad judiciaria. Este principio fué fecundo en consecuencias. La delegación investía de todos los derechos de la jurisdicción al magistrado en quien se verificaba. Éste era habitualmente un cónsul ó un pretor. Un simple ciudadano podía ejercer momentáneamente esas funciones temporarias y limitadísimas de cada caso. Poco á poco esas delegaciones se multiplicaron. La multiplicación de los asuntos y la dificultad de someter los más complicados á las grandes asambleas, dieron por resultado la necesidad de buscar un modo de enjuiciar más simple y expedito. Este fué el origen, según Hélie, de las *quæstiones* ó jurisdicciones. Primitivamente fueron una institución momentánea, de ocasión, que muy luego, por iniciativa del tribuno Pisón, se transformó en permanente. No obstante, se dividió casi en tantos tribunales como especies de delitos habían de juzgarse arreglado á las leyes.

Estos tribunales tenían de común su constitución y su actuación. Se componían de un *presidente* y de los *judices-jurati* á que en otro lugar ya nos hemos referido.

Los pretores presidían los actos de los *judices-jurati*, á quienes constituían en tribunal, y dirigían los debates ante los mismos, determinando antes la competencia relativa de cada asunto, acordando previamente la acción interpuesta. Pronunciaban, en fin, las sentencias y las ejecutaban. Como la multiplicidad de procesos sobrevenientes recargase sus atenciones, viéronse obligados á delegar algunas de sus atribuciones en magistrados que los asistían en su desempeño, que fueron denominados *judices quæstiones*, cuyo cargo era accesible á todos los ciudadanos aptos, y fué codiciado, afirma Cicerón, como un medio de escalar la pretura. Haciendo las veces del pretor esos fun-

cionarios interinos sacaban por sorteo los *jueces-jurados* de antemano inscriptos en una lista, los presidían en la audiencia, proponían las cuestiones, recogían los sufragios y pronunciaban el fallo.

Los *jueces-jurados*, eran simples ciudadanos á los cuales la ley concedía el derecho de participar de la judicatura penal. Lo que había constituído en otro tiempo un privilegio de los senadores y caballeros, había pasado á ser una conquista de los plebeyos.

Los pretores, al asumir el cargo formaban una lista de ciudadanos que reuniesen las cualidades legales para ser jueces, siendo una de las más importantes la edad de 30 años.

En el terreno del procedimiento criminal, figuró como un principio de primer orden, en Roma, desde el siglo VII hasta el Imperio, la publicidad de los actos de instrucción. Los tribunales tenían su asiento en el Foro, á la faz del pueblo; á la luz del pleno día se debatían las causas y se juzgaban. Esto era una hermosa garantía de la imparcialidad de los fallos.

La acusación era el punto de arranque de todo el procedimiento. Podía ser acusador cualquier ciudadano. Por excepción las mujeres y los pupilos no podían acusar sino en razón de ser ellos las víctimas del delito. Si eran varios los que deducían acusación simultáneamente, el pretor prefería dar curso á la del individuo que le parecía por sus antecedentes y posición social más honorable, digno de mayor crédito, mejor garante de las resultancias del proceso. Admitida la acusación, el acusador debía jurar sostenerla hasta el final del juicio (PERSEVERATURUM SE IN CRIMINE USQUE AD SENTENTIAM). La delación del nombre del reo debía ser escrita y firmada por el delator.

El Pretor fijaba el día del juicio público en el que debían comparecer ante el tribunal convocado, el actor, el reo y los testigos. Esta fijación de fecha (DIEI DICTIO) era un trámite substancial.

Después de admitida la acusación, el procesado, si se trataba de un delito grave, era arrestado y detenido si confesaba de plano su culpa, y sino quedaba libre bajo caución, hasta sentencia ejecutoria en que se le condenaba ó hasta el fallo absolutorio, porque la libertad condicional se trocaba en absoluta. El sistema de libertad provisional databa en Roma desde los albores de la República. Fué ilimitado mientras no se hizo excepción de los casos graves. El Magistrado, para otorgarla ó denegarla debía apreciar la naturaleza del crimen imputado, las condiciones personales del reo, todas las circunstancias atenuantes de su responsabilidad. Sin la caución debida la prisión era un hecho forzoso; pero el enjuiciamento debía ser rápido y nunca durar más de un año. La caución juratoria era inadmisible, lo mismo la pecuniaria ó de bienes, en general, del acusado. Sólo se admitían fiadores, con obligación de presentar al fiado á juicio (REUM JUDICIO SISTI) y de tenerlo bajo su guarda (IN CUSTODIA LIBERA). Si tales fiadores no cumplían

sus deberes, merecían pena pecuniaria, y si eran convictos de dolo, pena mayor.

El acusador instruía el proceso. El Pretor le daba al efecto comisión bastante. Podía trasladarse á todos lados; citar é interrogar testigos, los cuales le debían prestar declaración, concurriendo á su llamado, bajo pena; podía apoderarse de las piezas de convicción. El acusado tenía derecho á seguir á su rival para controlar sus gestiones.

La *inquisitio* debía terminar el día marcado para la audiencia de los *judices*. Si ese día no comparecía á tan solemne acto el acusador, la acción perimía y el nombre del acusado era borrado de la inscripción en que yacía. Si el omiso era este último, se le juzgaba como si estuviese presente. Pero, en todo caso debían uno y otro ser citados al juicio por el hujier del Pretor.

Teníase por uno de los principios fundamentales de la jurisprudencia romana, en tales tiempos, que el acusado no podía ser juzgado sino por los jueces que él había aceptado libremente. La elección de los jueces debía operarse por un acuerdo entre las partes litigantes. El derecho de recusación, común á todas ellas, era el medio por el cual se manifestaba tácitamente ese acuerdo. Este derecho nació con la institución de las *quætiones*.

Cuando el pueblo juzgaba en los *comicios* no podía verificarse recusación alguna, porque la asamblea de los ciudadanos era para cada acusado la asamblea de sus pares ó iguales, y ofrecía por su composición y el número de sus miembros, garantías de imparcialidad que sólo podían asegurárselas los litigantes, respecto de los *jueces-jurados*, gracias al derecho de recusación amplísimo, y en previsión de los perniciosos efectos de la influencia que los magistrados que los presidían eran capaces de ejercer.

La formación de la tabla de los jueces tenía lugar de dos maneras: PER EDITIONEM y PER SORTITIONEM. La primera procedía en ciertos y contados asuntos, cayendo muy pronto en desuso. Consistía en dejar al acusador el cuidado de proponer los jueces, sacando de la lista general de ciudadanos una con el doble de cuantos eran necesarios al juicio, teniendo el acusado el derecho de recusar hasta la mitad. La segunda consistía en echar dentro de una urna los nombres de todos los jueces de la lista anual (NOMINA JUDICUM SELECTORUM), y sacar á la suerte un número igual al de jueces que debían componer el Tribunal, no obstante las recusaciones que podían las partes oponer á los insaculados, reemplazándose en seguida á los recusados, en virtud de un nuevo sorteo (SUB-SORTITIO).

En todos los casos la recusación debía ser pública y podía ser inmotivada.

Los jueces sorteados podían excusarse por razón de enfermedad ó de sus muchas ocupaciones ó funciones. El Pretor resolvía el incidente

de excusación. Si los jueces no se excusaban antes de entrar al juicio, se presumía que renunciaban á la excusación. A no ser aquellos motivos, nadie podía considerarse exonerado del cargo de *juez-jurado*, que era obligatorio. Los filósofos, parece que gozaron la exención de este cargo público.

La suma de jueces indispensables era variable según la causas que debían juzgarse; á veces era de treinta, otras de cuarenta, otras de cincuenta ó de setenta y cinco, sin que por regla general haya pasado de esta última cifra.

Los jueces al asumir el cargo, prestaban juramento de obrar con arreglo á la ley y tomaban asiento. Los juzgamientos públicos se realizaban en el Foro. El Pretor, en su silla curul, en lo más alto de los estrados, rodeado de sus dos lictores, de los escribanos y de los hujieres, dominaba todo el recinto. Los asientos de los jueces, en un plano inferior, formaban un semicírculo. Frente á ellos, y sentados, estaban de un lado el acusador, sus testigos y amigos, del otro el acusado con los suyos. Una gran masa de pueblo los circundaba.

En esta disposición, el hujier anunciaba que el juicio iba á comenzar; el Pretor daba la palabra á los oradores.

El acusado, hubo un tiempo que se defendía con sus personales esfuerzos, pero allá por el siglo VI de Roma, cuando la elocuencia y sus estudios se expandieron, el uso de patronos ó defensores se generalizó, y se hizo tanto más útil cuando era difícil y complicada la defensa, que exigía mucho talento y fecundidad de recursos científicos, filósoficos, morales y literarios.

En los debates se toleraba la forma dialogada, haciéndose preguntas los abogados de las partes, y proponiéndose cuestiones cuya solución debía ser del monento: era ineludible responder al reto en la palestra.

Después del debate seguían las pruebas. Estas eran tres en especie: *documentos, testigos* y *cuestiones.*

Los testigos constituían la prueba principal de las acusaciones. Unos eran citados por el Magistrado y debían forzosamente concurrir al juicio; otros podían espontáneamente concurrir sin ser llamados. El acusador debía requerir la citación de los primeros. Como los segundos, dada la oficiosidad de su presentación, eran sospechados de parcialidad, casi nunca eran considerados como elementos de convicción.

El número de testigos era de hecho determinado para cada cuestión por el Pretor, que sólo hacía citar á los que creía necesarios.

Los testigos prestaban, antes de declarar, juramento de decir la verdad.

Los testimonios no ligaban, ni por su número ni por las circunstancias, el criterio de los jueces á ninguna regla legal. Eran éstos libres de apreciar los hechos por la impresión que producían en su ánimo las deposiciones testimoniales.

La tercera especie de pruebas eran las confesiones arrancadas por la tortura.

Estas pruebas, que se llamaban *cuestiones*, fueron durante la República, aplicadas á los esclavos, cuyas declaraciones testimoniales no se reputaban dignas de fe, si no eran, por así decirlo, abonadas por el suplicio ó un exceso de dolor. Eran propuestas en los juicios públicos, ora por el acusador, ora por el acusado, para sostener sus respectivas tesis. Sin embargo, la ley había establecido una excepción al respecto: no permitía que los esclavos fueran constreñidos á deponer contra sus amos, á menos que el delito acusado fuera de lesa patria, de incesto ó de falsificación de monedas.

Paulatinamente las cuestiones se aplicaron, además, á los hombres libres de condición humilde y á los infames, porque se tenían por poco garantes de la verdad. Con el advenimiento del régimen imperial, varias leyes, las constituciones de Constantino, de Valente, Valentiniano y Theodosio, etc., las hicieron extensivas á todos los ciudadanos, cualquiera que fuese su rango, dignidad y posición, si se trataba de averiguar delitos de lesa majestad.

La tortura llegó, á lo último, á ser un medio común de comprobación en todo género de asuntos penales.

Producidas la pruebas, el hujier hacía saber en alta voz que la causa había sido oída. La presidencia ordenaba que se fallase inmediatamente. Levantábanse los jueces de sus sitiales para dar su opinión. El voto se daba de viva voz, en los primeros tiempos de la República, después se dispuso por ley que el acusado podía optar por el voto secreto ó el público. En el siglo VII de Roma, el voto por escrutinio, (PER TABELLAS), fué el usual. Al efecto, tres tablillas eran dadas á cada juez: una tenía la letra A, fórmula de la absolución; otra la letro C, signo de la condenación, y otra las letras N. L., (NON LIQUET), cuyo objeto era determinar una revisión é informes más amplios en el proceso.

Para que hubiera una ú otra solución se precisaba que alguna fórmula obtuviese mayoría absoluta.

El Pretor verificaba los votos y hacía conocer el fallo de la mayoría con palabras sacramentales.

Durante el Imperio. — Desde su establecimiento hasta Constantino, la justicia se administraba por los emperadores, el Senado, los pretores, los cónsules, los prefectos de la ciudad (PREFECTUS URBI), los del Pretorio, los magistrados locales, y los *jueces pedáneos.* El Tribunal de los *decenviros* tocaba á su fin; las listas anuales de los *jurados* caían en desuso. El príncipe era rodeado de un Consejo (CONSISTORIUM, AUDITORIUM, SACRUM AUDITORIUM) al que sometía el estudio de los asuntos importantes que él quería solucionar. No era raro que los ciudadanos suplicasen al Emperador el conocimiento de sus querellas, es-

peranzados en una clemencia, quizás, que no concebían en los tribunales ordinarios. El asesoramiento del Consistorio, se consideraba ilustrado y justiciero, porque este alto cuerpo se formaba de un personal experimentado de senadores ó de jurisconsultos, ó de dignatarios de la Corte Imperial. Mientras el Emperador no se auxilió así de este Consejo, sus juicios no se sujetaron á regla fija. Tal Consejo fué, ó llegó á ser un regulador de la justicia imperial.

A los plebiscitos lanzados en la era republicana como un anatema contra ciertos crímenes, hay que añadir en tiempo de los emperadores los *senatus-consultus* y las *constituciones* que castigaban los delitos extraordinarios.

Siendo la salud del imperio la suprema ley, bastaba que uno de los tantos delatores exparcidos en las provincias acusase de traición á cualquier ciudadano, para que éste fuera conducido cargando en sus espaldas el peso de negras cadenas, á Milán, Roma ó Constantinopla, y juzgado por vías ilegales y tormentos.

Hasta entonces, tanta crueldad casi se reservaba exclusivamente á los esclavos; pero los magistrados extendiéronla sobre todos los ciudadanos y súbditos provinciales, conalgunas salvedades que se hicieron á favor de los *ilustres* y *honorables*, del clero, de los soldados, y sus familias, de los profesores de artes liberales, de los magistrados municipales y de sus descendientes hasta el tercer grado, y de los impúberes.

A veces el Emperador juzgaba sólo dando su sentencia por decreto.

El Prefecto de la ciudad y el Cónsul, juntos, juzgaban la mayoría de los crímenes extraordinarios.

El Senado entendía en acusaciones por delito de lesa majestad.

Desde Constantino hasta Justiniano, el pueblo y la armada habían perdido su autoridad: el Emperador era todo. Los patricios, los obispos, el Prefecto de la ciudad, el del Pretorio, el Quæstor del sagrado palacio; todos *ilustres, spectabilis ó clarissimi*, formaban su corte. Esos personajes eran funcionarios dependientes de la voluntad del Emperador. El Senado era una especie de Tribunal; el Consulado era ya apenas un recuerdo.

Desde el fondo de su palacio el Emperador condenaba ó absolvía, como ordenaba la guerra ó la paz, ó fijaba los impuestos, promulgaba las leyes, daba ó retiraba las magistraturas. Su capricho reformó las viejas leyes.

La pretura antes conquistada por el plebeyo, estaba en ruinas.

Si bien en general se mantuvo en manos de los ciudadanos el derecho de acusar, se manifestaron dos tendencias en la legislación imperial: por un lado, parece se restringía el poder de acusar cuando se trataba del interés particular solamente; y por otro se amplificaba si se trataba del interés de los príncipes. Ciertas trabas al derecho de

acusar por crímenes contra particulares, desaparecían si el crimen violaba derechos del príncipe ó de su majestad. Y así se ve que las personas excluídas por infamia durante la República, del derecho de acusar, le tenían en esta nueva época; las mujeres lo mismo; y los esclavos y libertos ya podían ser delatores de su amos y patrones; por cuyo abuso, lo que debió ser un acto de justicia y de protección á todas las libertades, fué una deplorable expoliación, un arma de despotismo, un enredo de bajezas y atentados contra el honor y la tranquilidad privada, por el que trepaban los aventureros audaces á los grados superiores de la fortuna y del favor oficial.

Semejantes excesos felizmente provocaron una reacción, habiendo sido Trajano el primero en poner una piedra del gran dique que se opuso á la vorágine de tanta corruptela. Varias leyes de Valentiniano y de Theodosio, extremaron la reacción sujetando á los acusadores á las mismas garantías impuestas al acusado. No perduró esta medida; hubo de modificarse pronto. El espíritu de delación que había conmovido á toda la sociedad en Roma se retrajo, y muy luego, crímenes que debieron ser denunciados quedaron en el mayor secreto y en la impunidad por falta de acusación. Por necesidad consecuente, los emperadores y el Senado tuvieron que designar de oficio el acusador de cada crimen.

A unos magistrados (los *procónsules* en las provincias, por ejemplo), se les dió el cometido de perseguir oficiosamente á los delincuentes, y al efecto, hasta podían aprehender á los individuos sorprendidos *in fraganti* delito, á los vagabundos, á los malhechores de profesión.

Alguien observa la analogía que existe entre aquellos funcionarios y los representantes del Ministerio Público moderno.

El particular que deseaba perseguir un delito debía suscribir su denuncia cerca del magistrado, que era en Constantinopla alguno de los oficiales mayores del Emperador, en las provincias el Rector, el Presidente ó el Prefecto del Pretorio, cuyos magistrados hacían notificar la denuncia al inculpado con un hujier.

La acusación era dirigida por el Juez. El acusador tuvo siempre la carga de buscar las pruebas de la acusación.

La deliberación de los jueces fué secreta.

La instrucción preliminar constataba por escrito las pruebas que recogían los jueces. Las interrogaciones al acusado y á los testigos, como sus respuestas, eran consignadas (APUD ACTA AUDIUNTUR).

El procedimiento escrito, propiamente dicho, nació allí, aún cuando recién en el siglo XV cristiano se adueñó la escritura de todos los procesos, suplantando el procedimiento oral en casi toda Europa.

Trajano estableció la regla según la cual el procesado no debe ser condenado en su ausencia. Apoyaba esta regla en el principio por el

cual es preferible dejar impune un crimen á castigar un inocente: SATIUS ESSE IMPUNITUM RELINQUERE FACINUS NOCENTIS QUAM INNOCENTEM DAMNARE.

La prisión del presunto criminal era requerida; se le conminaba á presentarse dentro de un término ante la justicia, so pena de castigarse su desobediencia con una traba sobre sus bienes. El proceso se instruía hasta donde era posible, mientras no se violase el principio recién recordado.

La apelación, que durante la República sólo procedía ante el pueblo respecto de las sentencias capitales que recaían sobre los ciudadanos, se convierte en un trámite común á todos los juicios. El uso que se fué estableciendo poco á poco, de llevar delante del Tribunal del príncipe el examen de las decisiones de los magistrados inferiores del Imperio, no fué sino desde Dioclesiano un derecho completamente organizado y sometido á formas regulares.

Sin embargo, los acusados de homicidio, de adulterio, de envenenamiento y de sortilegios eran excluídos del beneficio de la apelación, siempre que: 1.º fuesen convencidos de su culpabilidad con pruebas clarísimas; 2.º hubiesen confesado su delito.

No parece que por cada asunto se concediese más de una apelación, que se interponía ante jurisdicciones correspondientes á la gravedad de los juicios y de menores á mayores.

Digna de mención es la institución de los *defensores de la ciudad* (DEFENSORES CIVITATUM), atribuída á esta época imperial por algunes autores, mientras otros la suponen preestablecida. Los tales defensores eran nombrados en cada ciudad por el Obispo, los curiales algunos propietarios y vecinos distinguidos del lugar, reunidos en acuerdo. Su misión consistía en proteger á los pobres que no podían por sí solos defenderse: debían escudriñar y prevenir los robos, denunciar á los ladrones ante los jueces y hacerlos citar. Como jueces intervenían en asuntos cuya importancia no excedía de *cincuenta soles*. Defendían á los plebeyos garantizándoles de todo vejamen é injusticia.

Imperando Justiniano, los jueces tenían severa obligación de pronunciarse en las causas, de conformidad á la ley, reputándose nula la sentencia en contrario, y debiendo, en este supuesto último, recomenzar ó revisarse los juicios, haciéndose pasible el juez de una pena pública, como lo era ordinariamente la deportación.

§ VIII. LOS BÁRBAROS ANTE EL PROCEDIMIENTO PENAL

Si analizamos el derecho consuetudinario de ese pueblo batallador y tosco, cuya cuna fueron las humbrosas selvas del Norte de Europa, de donde hizo irrupción avasallando los extensos dominios de la

enferma y decadente Roma, nos resultará que había en él variedad de formas, como una de tantas manifestaciones de la idiosincracia individualista de esa gente. Esto explica que haya más de una tradición digna de fe al respecto, y que, mientras Tácito refiere que las cuestiones criminales se sometían á las Asambleas de las tribus, tribunal supremo en cada pueblo germánico, otros historiadores nos dan noticia de que en algunas, si no en todas esas tribus, si bien se celebraban Asambleas una vez al año para deliberar sobre asuntos de general interés, era el Rey el que las presidía sentado al pie de una encina, y escuchaba desde ese sitial las quejas de sus vasallos, ó compañeros (que hay quien tenga esta última palabra mejor aplicable aquí que la anterior), y administraba equitativamente justicia, sin que no fuera raro que el soberano tomase por sí mismo venganza de las ofensas á él inferidas, cual hizo Clodoveo que en una Asamblea general de francos mató con sus propias manos á un soldado de quien un año antes había recibido una injuria.

Cuando Luis IX, el Rey santo, iba según Joinville, su senescal panegirista, á esparcirse en el bosque de Vincennes, y recostándose en una corpulenta encina llamaba hacia sí y discernía justicia satisfactoria á los que en sus querellas imploraban el auxilio de su autoridad moral y gubernativa, no parecía sino que quería perpetuar al través de los tiempos una de las sencillímas prácticas de sus antepasados.

Entre los Anglo-sajones eran agrupados los hombres en pequeñas comunidades de diez familias, ó de ciento, á las órdenes de un *decurión* ó de un *centurión* respectivamente. Estos jefes eran magistrados judiciales.

Los coasociados quedaban obligados *in solidum* á la pena que uno de ellos pudiese merecer, así como recibían en común la compensación que se debía á cada uno de ellos. Esto hacía que todos tuviesen interés en impedir el delito, perseguir al ofensor y entregarlo á sus jueces, y convertir á los juicios penales en verdaderos asuntos de Estado en los que todos se interesaban, y por eso se trataban en común, pudiendo los interventores judiciales concurrir armados para ejecutar las sentencias.

Cuando la conquista amplió la jurisdicción de los Bárbaros se volvió difícil la reunión de las Asambleas judiciarias; en cambio hubo de obligarse en cada distrito á cierto número de Arimanes á que se juntasen para la investigación de los crímenes y la substanciación de los procesos correspondientes. De aquí que surgieran tres clases de tribunales: la Corte del Rey, presidida por éste ó por un *Conde* del palacio y compuesta de los vasallos más inmediatos á la persona del príncipe; la Corte Señorial, dirigida también por el Rey, pero con menes vasallos; y la del Conde, á la cual adjuntábanse unos pocos *libres* de su distrito. En un principio el *Conde* era electo por el pueblo;

pero, después que la conquista afirmó el poder regio fué hechura de Rey, que delegaba en él su autoridad judicial. Además, existía el CENTENARIO que juzgaba en un CANTÓN; y el DECENARIO, en su MARCA. Todos estos tribunales eran independientes entre sí; no se distinguían por la competencia sino por la extensión mayor ó menor de su jurisdicción territorial.

Los Anglios y los Longobardos, salvo pequeñas diferencias, tenían análoga organización de justicia, en manos de los jefes militares.

En los procesos intervenían diez y seis *escabinos* á lo más, de la nacionalidad de los contendientes, que bajo juramento debían únicamente conocer los hechos sin decidir el derecho. Los jueces propiamente dichos, ya fuesen los *duunviros* ó el *Conde*, debían concretarse al estudio y consideración jurídica de las cuestiones, determinando cuál era la ley concerniente al caso debatido y cuál la pena aplicable.

Todo proceso debía ser público, teniendo cada hombre libre el derecho y aun la obligación de formar parte del tribunal en que había de intervenir, debiendo hacerse cargo del conocimiento de la demanda, de la defensa y de las pruebas.

Siendo, desde antes, preciso convencer, no á un juez ni á un tribunal limitado, sino á un pueblo que escribía poco ó nada, falto de criterio para apreciar el valor de las pruebas, éstas debían de hacerse de muy distinta manera que en hoy día. Por ello no se formaba proceso si no era *in fraganti* delito. El tormento fué un uso introducido por las leyes romanas. La prueba escrita era casi desconocida. Las pruebas más comunes y características de la época y del pueblo eran: los CONJURADORES, las ORDALLAS y el DUELO.

Por la prueba de los CONJURANTES el acusado se presentaba con cierto número de amigos ó parientes, los cuales juraban que no merecía la imputación que se le hacía, ó bien que daban entero crédito al juramento que había prestado de no ser responsable de ningún delito. No se examinaba el asunto. El acusado resultaba inocente si un grupo de hombres libres, generalmente once, estaba dispuesto á sostenerlo con su palabra y su acero.

El intento de sustituir reglas legales á las batallas privadas á que conducía el espíritu vengativo de raza, connaturalizó el DUELO, sometiendo la venganza personal entre los Bárbaros á requisitos reglamentarios. Si el agraviado se obstinaba en hacer la guerra á su agresor, se le permitía hacerla con tal que guardase ciertos respetos, no turbase la tranquilidad general y ejerciese venganza de hombre á hombre en presencia de testigos. De aquí surgió el COMBATE JUDICIAL, incorporado á la legislación de la Edad Media para resolver diferencias particulares ó públicas.

Unos hombres para los que la primera y fundamental de las virtudes era el valor, debían creer que su ausencia en determinado sujeto

era indicio de maldad, de vileza, y que no podía ser menos que malo, injusto y miserable aquel que sucumbía en el combate, en lo que no había de ser poca parte la flojedad de su carácter y de su espíritu.

En siglos y temperamentos profundamente supersticiosos, fácilmente pudo ingerirse la idea de un JUICIO DE DIOS, y no era menos fácil que de esto se pasase á pretender que Dios hiciese á cada paso un milagro para salvar la inocencia. Y, en efecto: se pretendía descubrir los juicios de los dioses haciendo valer como instrumentos el fuego y el agua, cuando no se les tenía, como en la Germania, como verdaderos dioses que juzgaban, discernían, rechazaban al reo ó lo quemaban ó ahogaban. Y se tenía como indubitable que el cuerpo de la víctima, su cadáver, vertía sangre si era puesto ante él el victimario. Y se daba á entender que los dioses trastornaban de tales modos las leyes de la naturaleza exigiendo el castigo, patentizando la necesidad de él.

Las pruebas del agua hirviendo y del hierro candente fueron entre los germanos las más ejecutadas. Se ponía en el fondo de una caldera ú olla llena de agua hirviendo una bola que el acusado debía sacar con las manos desnudas, ó bien se le hacía agarrar ó caminar sobre ascuas ó sobre barras de hierro enrojecidas por el calor.

Carlo Magno prohibió los duelos judiciales; hizo obligatorias las COMPOSICIONES.

En su reinado las acusaciones se hicieron públicas, debiendo los particulares denunciar los crímenes y pedir su castigo. No había ningún magistrado que reclamase justicia en nombre de la vindicta pública, y no se daba pesquisa sin acusador particular. Ante todo, la buena conducta de éste debía ser comprobada, y no era escuchado si el delito no constaba y existía su cuerpo. Sólo los bandidos podían ser presos sin forma de proceso y cada ciudadano debía contribuir á su captura. El que prestaba fianza no era detenido en la cárcel, ni aún de orden del Rey, fuera de los casos de violencia. Ninguno podía ser condenado sin estar convicto. Para que constase el delito era necesaria la confesión del reo ó la prueba de testigos. Los Jueces, de elección popular, eran llamados REGIDORES. Los testigos y los conjuradores no podían elegirse en clase inferior á la del acusado. Se exigían setenta y dos testigos de acusación contra un Obispo, cuarenta contra un sacerdote, y más ó menos contra los legos, según su categoría, que debían declarar en ayunas. Los Jueces debían saber de memoria las leyes, y á los *Condes* que debían presidir los tribunales, les estaba prohibido distraerse en cacerías. Se vedaron los *duelos judiciales*, y privóse el uso de armas en tiempo de paz. A los débiles é ignorantes se les proveyó de abogados.

§ IX. EL FEUDALISMO Y EL PROCEDIMIENTO PENAL

El cuadro general de la administración de justicia del feudalismo puede describirse á grandes rasgos como sigue:

Las Asambleas de estilo antiguo no se celebraban en Europa feudal. La dignidad condal, antes electiva, trocóse en hereditaria. Los vasallos dejaron de ser hombres de su nación y de su Rey, para ser de su *Señor*.

Cada *Señor* tenía su tribunal propio donde las diferencias de sus hombres eran juzgadas. Los Jueces tenían á su cabeza al *Barón*.

Nadie tenía interés, excepto en Inglaterra, de impedir los delitos ni perseguirlos. Vivíase en un estado social rudimentario, en pequeñas agrupaciones independientes unas de otras.

Las cuestiones criminales de los súbditos eran resueltas por sus iguales (PARES). El *Señor* se limitaba á proclamar la sentencia.

El inculpado podía desafiar á sus Jueces, interrumpiendo su jurisdicción. Su mentís le obligaba á convocar á otros pares, lo que no era siempre posible, encontrándose el *Señor* en la necesidad de recurrir al Rey, Señor supremo, remitiéndole la causa que fuere grave.

Si el procesamiento era penoso de seguir contra gentes que odiaban todo yugo social, mucho mayor resultaba la dificultad de ejecutar las condenas. Para ello hubo que recurrirse á la guerra. El *Señor*, sus vasallos fieles, los Jueces, los testigos, todos debían acumular sus esfuerzos, redoblar sus influencias para reducir al reo, si necesario fuese, en la arena de un combate.

Pero, en verdad que la buena justicia, por lo general, no podía ser bien administrada donde, es sabido, los *Señores* se paraban preferentemente en excogitar Jueces entre sus adictosantes que en consideración á la sabiduría y recto juicio de los pares. Y de ahí que rebajándose el prestigio de la judicatura, inspirando de más en más serias desconfianzas, tuvo ocasión de arraigarse el sistema de los DUELOS, ó guerras privadas.

La venganza y las represalias cayeron sobre las familias de las víctima, y victimarios, y fué aquello un caos en tanto que la Religión Cristiana no apagó el incendio de las pasiones con el fresco rocío de sus enseñanzas y de su caridad. Los Emperadores, para que las decisiones de los pares fueran rectificadas ó abonadas, establecieron en las principales ciudades CORTES de escabinos, ancianos de reconocida prudencia y sólida fama, á cuyas CORTES eran pasadas en apelación las causas falladas por los pares, precaviéndose las partes en cada juicio de los perniciosos efectos de la ignorancia.

Los Teutones en la Edad Media, como anteriormente, tenían tribu-

nales constituídos sobre bases populares. Para ellos era axiomático que la justicia debía emanar de hombres libres reunidos en Asamblea y en consecuencia, celebraban sus grandes reuniones en cualquier sitio, en los bosques, ó sobre una eminencia, ó cerca de una fuente.

En esa Edad hubo en Germania tribunales libres como había ciudadades libres, de innegable poder é influencia. Westfalia descolló por los tribunales de esa especie. Allí radicaba la SANTA VEHEME, tribunal tan poderoso que en 1470 hizo citar con tres *Condes* francos, en su nombre, al Emperador Federico III, á su Canciller y á su Tribuna-Aulico, previniéndoles que importaba á su honor y á su vida ir á defender ante ella su causa abierta con motivo de una ordenanza imperial lanzada contra tan severa y celosa institución, so pena de ser juzgados en su rebeldía ó contumacia. Ciertamente que Federico no quiso comparecer, pero devoró en silencio el alto atrevimiento que recién cupo á su hijo vengar con el mejoramiento y prestigio creciente de los tribunales reales.

Las funciones de Juez entre los germanos eran ó constituían un cargo análogo al de nuestros jurados. Por prescripción de la Ley Sálica había sólo tres impedimentos que exoneraban de él: enfermedad, servicio debido al *Señor*, la muerte de algún pariente. La Ley Visigoda añadía á estos: las inundaciones, el derretimiento de las nieves, la fuerza mayor.

Las Asambleas judiciales germánicas eran convocadas á son de campana. Una vez que llenaban sus cometidos, hacían fiestas y libaciones de abundante vino.

En dicha Edad Media y en casi todos los lugares de Europa los extranjeros fueron sometidos á leyes y jurisdicciones especiales, siendo estas últimas ejercidas por sus compatriotas. Se establecieron también para los comerciantes una legislación singular y tribunales llamados de *necesidad*.

En fin: es evidente que en Europa, en aquellos tiempos había en pie instituciones más ó menos democráticas, y que por espíritu de gualdad en la desigualdad misma, como diría Tissot, los personajes políticos no podían ser allí juzgados sino por sus iguales. Príncipes debían ser los Jueces del Príncipe, y habían de consultar *el Derecho del Príncipe* (el DAS FURSTEN RECHT de los Teutones), para sentenciar sus causas.

La autoridad suprema de los Imperios en aquella terrible edad era un mito; como que entonces ni había leyes inflexibles ni justicia verdadera dentro de los pequeños ó extensos principados, y la fuerza y la violencia, según el testimonio de la historia, ocupaban el puesto del derecho.

Tan recios abusos indujeron á los Estados á conservar la paz pública celebrando alianzas, pero que no tuvieron eficacia sensible. El

Poder Judicial se hallaba vilipendiado; los acusados no comparecían; no había medio de aplicar penas á los reos contumaces. Y desde luego, alcanzar á los culpables donde quiera que se refugiasen, castigarlos antes que fueran advertidos del golpe que los amagaba y asegurar de este modo el castigo de los delitos, dentro del alcance de las fuerzas humanas, tal fué la misión de los Jueces westfalianos, desempeñada por espacio de un siglo con aplauso de toda Alemania.

En un principio dichos jueces administraban justicia en público; después, ya en el siglo XVI, optaron por prescindir de la publicidad, de donde á los tribunales constituídos les vino el nombre de *tribunales secretos* aun cuando, como las antiguas Asambleas germánicas, se reunían al raso. Esta y no otra era la institución de la SANTA VEHEME de que hemos tratado poco ha, que tenía competencia criminal indefinida para conocer de cuanto se ejecutaba contra Dios y sus mandamientos, el hombre y sus derechos.

El primer acto del procedimiento ante este tribunal era la querella, que se hacía oralmente por un juez franco.

Después de un incidente de competencia que solía provocar el *Conde* franco, se citaba al acusado. Si no comparecía ó se vencía la prórroga del término que se le había señalado para comparecer, el actor era invitado á probar los fundamentos de su demanda.

Su juramento haría prueba si era confirmado por seis personas que atestiguasen bajo juramento que confiaban en su veracidad.

Los jurados de ese augusto tribunal debían ser Jueces francos y jurar, sobre el puño de una espada desnuda, que habían de cumplir fielmente sus deberes.

Dictado el fallo condenatorio, comunmente imponiendo la pena capital, el Conde que presidía el juicio ordenaba á los demás Jueces y Condes juzgadores que ahorcasen al condenado en el árbol más próximo al lugar en que le encontrasen.

Era tan rigurosa esta orden que ni los parientes del reo, por allegados que fuesen, podían excusarse de cumplirla. Se acostumbraba á clavar un puñal en el árbol al lado del cadáver, en señal de haberse ejecutado una decisión inapelable de la SANTA VEHEME.

Últimamente fueron tres los Jueces francos encargados de hacer efectivo el suplicio de los condenados, quedando disminuído el número de los ejecutores por causa de los abusos que solían cometer siendo más numerosos.

Si el acusado hacía acto de presencia ante el Tribunal de la SANTA VEHEME y confesaba de plano su culpa, era, sin más trámite, ajusticiado. Si quería defenderse ó disculparse, tenía que hacerlo presentando hasta veintiséis testigos que jurasen su sinceridad, siempre que el acusador apoyase la suya con trece, que si con menos, entonces al acusado bastábanle seis para salvarse.

En Francia, San Luis aseguró la integridad de los magistrados judiciales haciéndoles jurar en *plena asisa* que administrarían justicia recta, que no admitirían regalos ni los harían á los individuos del Consejo del Rey, prohibiéndoles adquirir propiedades dentro de su jurisdicción, y contraer deudas y parentescos; obligándoles á permanecer allí cuarenta días después de exonerados del oficio para responder á toda queja que se suscitase contra ellos.

Varios Comisarios recorrían las provincias para verificar si los Jueces cumplían ó no rectamente con su deber.

San Luis amenguó en alto grado la autoridad de las decisiones señoriales con el establecimiento del recurso de apelación ante el tribunal real. Lleno de intención eminentemente cristiana, abolió en sus dominios el *duelo judicial* y los llamados *juicios de Dios*, encareciendo la conveniencia de ofrecer, en vez de esas falsas pruebas, las que eran de razón y más dignas del derecho, de la caridad de Cristo y su Iglesia.

Descartada la fuerza brutal, primó la idea, el raciocinio, la reflexión, la elocuencia, la habilidad oral y, desde luego, la abogacía tomó lucido incremento. A los *bailios*, procuradores de la corona, les invistió San Luis con la autoridad de perseguir de oficio algunos delitos, para que ejercieran el ministerio público, sin más interés que el común de la sociedad y dió margen á que los magistrados se embebiesen en la legislación romana y canónica para decidir según su texto y espíritu las cuestiones que se le sometían.

§ X. EL CRISTIANISMO EN SUS RELACIONES CON EL PROCEDIMIENTO PENAL

Imposible fuera dejar deslizar entre las manos y las miradas del hombre pensante ese gran libro que registra el origen, el desarrollo y la lenta cuan dolorosa peregrinación de los pueblos por los estrechos senderos de la vida, y que llamamos *Historia Universal*, sin que el menos avisado é imparcial, queriendo encontrar las causas fundamentalísimas de la civilización moderna y contemporánea, no las hallase principalmente en la palmaria influencia del Cristianismo, de esa primera ley que refrena las tempestades de la conciencia; de la Iglesia, depositaria al través de los siglos, de las dulzuras evangélicas, de la luz del alma y del divino ideal que suavizan las costumbres, atemperan, mejoran y perfeccionan las instituciones públicas, combatiendo los excesos de la autoridad así como los de la anarquía, abriendo y enseñando un nuevo código de justicia equitativa y humana por cuya virtud se rompen en mil pedazos las cadenas del esclavo, se destruye el absurdo sistema de las castas y se proclama en su lugar el sublime principio de la fraternidad entre los hombres; sí, de esa augusta religión, cuya eficacia inagotable todo pensador de buena fe reconoce y

confiesa, y respecto de la cual el insigne orador del siglo XIX, Castelar, se expresa diciendo que es toda verdad, toda hermosura, toda bondad, como doctrina social, *por más que pese á los que quieren ungir con ella todas las tiranías;* principios todos que han ido como infiltrándose en la grosera legislación pagana para desalojar de su organismo los elementos de irritante perversidad y transformarla en la norma brillante que habían de seguir los pueblos en orden á sus destinos de futuro, con el estímulo de la libertad propiamente dicha.

Por boca del impío Montesquieu, también sabemos que la Religión de Cristo es y ha sido siempre mal avenida con el despotismo, porque la mansedumbre, estando tan recomendada en el Evangelio se opone á la cólera despótica con la que el príncipe se haría justicia y ejercería sus crueldades; que debemos al Cristianismo, en el gobierno, un cierto derecho político, y en la guerra un cierto derecho de gentes, que la naturaleza humana no sabe reconocer suficientemente; *este derecho de gentes es el que hace entre nosotros que la victoria deje á los pueblos vencidos estas grandes cosas: la vida, la libertad, las leyes, los bienes, y siempre la religión, cuando el vencedor no se obceca.*

Es innegable que la legislación eclesiástica ha sido precursora y modelo de modernas legislaciones. ¿Quién que haya siquiera leído someramente algún capítulo de las leyes españolas que han regido en ambos hemisferios, por las que los americanos del Sud lo hemos sido hasta ha poco y de cuyas fuentes aún tenemos necesidad de beber para solucionar acabadamente, con espíritu de sabiduría y equidad, algunas cuestiones no resueltas por nuestros códigos nacionales?; ¿quién no ha visto en ellas tomadas muchísimas provisiones de los famosos Concilios toledanos, gigantescas Asambleas de prelados, clérigos, altas órdenes y próceres invictos de la madre patria, que, unidas á nobles virtudes, llevaban en sí prendas de una gran ciencia y no menos grande experiencia, las cuales decidían no tan sólo acerca de cosas é intereses sagrados, sino además en lo referente á los temporales, aquéllas de jurisdicción eclesiástica, éstos de jurisdicción secular?

Nadie ya ignora que los Reyes de España, protectores del Concilio Ecuménico de Trento, cuidaron de intercalar en las Leyes de Castilla é Indias los decretos disciplinarios que aquél promulgó, y gran número de decretales, bulas y rescriptos pontificios. Y hemos de ver, más adelante, cómo los mismos Reyes y cuantos jurisconsultos con ellos cooperaron en la formación de las Leyes de Partidas y en las Recopiladas, han recurrido á la Iglesia y su legislación al proveer á las necesidades jurídicas, sobre derecho público, civil, penal y procesal de sus inmensos dominios.

Si alguien se inicia apenas en estudios históricos relativos á los primeros siglos de la presente era, se informará de que así como en la Iberia, en Francia el derecho local se amamantó en el eclesiástico, las

leyes fueron el fruto de las deliberaciones de tantos otros Concilios *mixtos*, á cuya sanción pertenecieron las *Capitulares de los Reyes francos;* y en Italia fueron también notables por sus decisiones de igual especie los Concilios Longobardos.

Era de ese modo que los cánones, robustecidos por el consentimiento unánime de los Obispos, prestigiados por la representación del pueblo y en ocasiones ratificados expresamente por los pontífices, adquirían una fuerza de ley incontrastable eficacísima, una autoridad moral, un ascendiente que nuestras adelantadas producciones jurídicas envidiarían.

Triunfante el dogna cristiano en Roma imperial, con la paz de la Iglesia, los Obispos, que eran considerados una especie de censores naturales de los convertidos á la fe del Crucificado, porque su misión consistía, entre otras cosas, en encaminarlos á la salud del espíritu, en conservar la pureza de costumbres y corregir los yerros en que caían los fieles, volviéndolos al redil del Señor para apacentarlos continuamente con palabras, consejos y ejemplos de eterna salvación, providencialmente y no obstante el despotismo de los Césares, gozaron el importantísimo privilegio de ser juzgados por sus iguales, á la vez que ellos juzgaban á los eclesiásticos, con lo que se evitó el escándalo de procesamientos públicos ante el cesarismo imperante.

Desde entonces y de antes, las leyes canónicas, confirmando el principio de la igual natural de los hombres, y presentándolos dignos de idénticos respectos por parte de la justicia, llegaron por su prestigio, y merced á la buena disposición de ánimo de algunos Emperadores Romanos, á adquirir entre sus súbditos el valor de las leyes comunes.

Por prescripción del Código Theodosiano, los magistrados laicales habían de ejecutar las decisiones episcopales basadas en esa naciente jurisprudencia.

Primitivamente, en los albores de la cristiandad, los miembros de ésta trataban de emanciparse y de abstraerse de los tribunales seglares y su jurisdicción, por justo temor de la parcialidad de jueces enemigos de su credo.

Aquellas pocas diferencias que se suscitaban excepcionalmente entre ellos que sabían amarse y perdonarse mutuamente las ofensas y deudas, eran sometidas, de común acuerdo, á la decisión de sus pastores, resultando de esto una jurisdicción voluntaria y privada, en el seno de la Iglesia, que Constantino sustentó con sus decretos más tarde.

Procedía, pues, la grey, en consecuencia del consejo prudente y sapientísimo del Apóstol San Pablo, dado en su Epístola primera á los Corintios, Cap. VI, en la que les decía: «¿Cómo es posible que se halle « uno siquiera entre vosotros que teniendo alguna diferencia con su « hermano, se atreva á llamar á juicio ante los jueces inicuos ó infieles

« y no delante de los santos ó cristianos? Si tuvierais, pues, pleitos « sobre negocios de este mundo, tomad por jueces, antes que á infieles, « á los más ínfimos de la Iglesia. Dígolo para confusión vuestra. ¿Es « posible que no ha de haber entre vosotros algún hombre inteligente « que pueda ser juez ó ÁRBITRO entre los hermanos, sino que ha de « verse que litiga hermano con hermano, y eso en el Tribunal de los « infieles? ».

Convertidos al Cristianismo los dominadores, casi no había razón por qué los cristianos se sustrajesen totalmente en las cuestiones temporales, del fuero seglar. Sin embargo, para honra del episcopado y de la investidura sacerdotal, los obispos y clérigossiguieron libres de él, con la complacencia de los príncipes conversos, que se empeñaban en dar firmeza y amplitud á la jurisdicción eclesiástica, reservando á los litigantes un derecho de apelación hacia los Tribunales reales.

Por efecto de estas concesiones, á los eclesiásticos correspondía el conocimiento de las causas seguidas á los legos por los llamados delitos secretos, por sortilegio, maleficios, blasfemias, perjurios, adulterio, rapto, y otros contra la honestidad; pues que la Iglesia, como sociedad particular, podía censurar y disciplinar los hábitos de sus fieles, y mantener el orden de la comunidad mediante la aplicación de sus leyes morales y religiosas.

Puede decirse que, en general, los tribunales eclesiásticos asumían jurisdicción en los casos en que las leyes deferían libérrimamente á sus laudos la conclusión de sus asuntos. Las constituciones imperiales no hacían más que vigorizar é imprimir el sello de la eficacia á las determinaciones del arbitrio eclesiástico.

El Derecho Canónico, que asimiló lo que el Derecho Romano tenía más conforme á sus fines y doctrinas, ha ejercido notable influencia sobre el procedimiento penal del universo mundo. Es uno, entre los variados servicios que le ha prestado, la institución completa de la *forma escrita*. Usada parcialmente esta forma por la legislación grecoromana, recién echó raíces y se adueñó de todas las actuaciones procesales desde Inocencio III y el 4.º Concilio de Letran, que la dieron consagración válida y la conceptuaron como la única capaz de huir toda sospecha de fraude y de legar á la posteridad un testimonio de la regularidad de los hechos judiciales.

Un esclarecido publicista observa fundadamente que la civilización greco-romana se distinguía de las precedentes, sobre todo en sus leyes concernientes á la criminalidad, por una aplicación más reflexiva, más constante y sistemática de la noción del derecho; y que el Cristianismo agregó á lo expuesto la misericordia y la piedad, adoptando, por su lado, de aquélla, del punto de vista jurídico, algunos principios de derecho puro en cuanto armonizaban con su espíritu, y aún cuando no hubiesen salido nunca de la esfera de lo doctrinario y especulativo.

Entre estos últimos figuran los siguientes: « Vale más la impunidad « de un culpable, que exponerse á condenar á un inocente; un solo y « mismo delito no debe ser perseguido varias veces y nadie debe ser « castigado sin haber sido oído, etc. » Entre los principios de origen eclesiástico citaremos unos pocos, á los cuales tributan merecido homenaje sabios penalistas: « Cuando se trata de delitos, no deben distin« guirse dignidades ni condiciones; es necesario ó que la pena sea pron« tamente impuesta si el detenido es culpable, ó que una larga pri« sión preventiva no haga sufrir á un hombre que debe ser absuelto; « la prisión es siempre cosa dura para los inocentes; los jueces deben. « frecuentemente visitar los presos y procurar que 'despiadados car« celeros no les hagan sufrir ningún tratamiento inhumano; durante « la Cuaresma no puede imponerse el tormento ni ninguna pena cor« poral; el día de Pascua será de amnistía; no debe condenarse á un « ausente que puede tener medios legítimos de defensa; el acusador y « el juez no pueden servir de testigos; los grandes criminales no pue« den ser acusadores; cualquiera que sea la dignidad de una persona, « no basta su sola declaración para condenar á un acusado, etc. »

Las leyes de Theodosio, por medio de las que disminuyó el espionaje y la desalmada delación por la cual muchos infames se hacían dueños de los bienes confiscados á sus víctimas, y quedó vedado el comercio de esclavos, y se prescribió la dulzura y humanidad á los carceleros acostumbrados á hacer alarde de crueldad en el tratamiento y custodia de los presos, y se ordenó que los jueces examinasen cuidadosa y detenidamente los procesos, etc., ¿qué otra cosa son sino los primeros frutos de la inspiración de la Iglesia, del amor infundido por Cristo en el corazón de los hombres para beneficio de sus semejantes, que venían regenerando leyes y tradiciones moribundas, dándoles nuevas formas y alientos de nueva vida, haciéndolas aptas para el progreso de las sociedades y más propias de la dignidad humana?

Deteniendo la vista en cualquier página de los cánones, bulas y rescriptos de la Corte romana, dice Chateaubriand, es fácil persuadirse de que las antiguas leyes francesas recogidas en las *Capitulares* de Carlo Magno, en las *Fórmulas* de Marculfo y en las *Ordenanzas* de los Reyes, han tomado una porción de reglamentos de la Iglesia, ó que la mayor parte han sido redactadas por sabios sacerdotes ó asambleas eclesiásticas. En efecto: es notorio que desde antiguo los Obispos y Metropolitanos han tenido prerrogativas, honores tocantes á la legislación y jurisdicción tanto civil como penal. Á su cargo estaba la promulgación de las órdenes imperiales sobre la tranquilidad pública; los hemos visto erigidos en árbitros en determinadas cuestiones; eran como Jueces de Paz naturales que la religión, el mismo San Pablo, había recomendado á los cristianos, consideración esta confirmada por los Emperadores de Roma.

Semejante ingerencia natural y legal del sacerdocio católico, no podía menos que ser reclamada y favorable para los pueblos. La sabiduría clerical respecto á administración pública, ha sido aplaudida hasta por los más acérrimos opositores del Catolicismo, como Voltaire. Y si es cierto que la educación y los principios que se nos han inculcado en la juventud influyen en nuestro carácter, claro está que los discípulos del Evangelio debían dejarse guiar por un espíritu de dulzura é imparcialidad, cuando menos en lo no concerniente á su orden ó persona.

La tolerancia y caridad evangélica se manifestaron constantemente en el derecho de asilo en las iglesias, incorporado en los Códigos de las nacionalidades surgentes de la conmixtión de romanos y bárbaros. Los domínicos, en América, sintiéronse poseídos de la misma piedad al denunciar con energía las crueldades que los conquistadores hacían padecer á los aborígenes. De tal suerte la Iglesia abría los tesoros de su entrañable amor á los que en los cuatro rumbos cardinales de la Tierra iban á golpear sus pórticos, humillados y vencidos por el desprecio y las iras de los vengativos. ¡Indulgencia! clamaba la madre Iglesia cuando alguno de nuestros hermanos, triste ajusticiado, se desprendía de sus brazos para ser entregado al fallo de los jueces temporales. ¡Misericordia! suplicaba. Y á su voz clamorosa cedían los reyes y magistrados sin que osaran derramar una gota de sangre del reo presentado, en tanto no se llenaban estrictamente los requisitos procesales y se oían las defensas contra la acusación y se otorgaban las garantías de una sana justicia.

Tan perfecto y elevado era el concepto de la justicia que el Cristianismo intentaba amalgamar en las leyes y encarnar en los tribunales de pueblos obscuros y rústicos, que San Ambrosio observaba á los Obispos que si bien estaban obligados por su carácter á implorar la clemencia del magistrado en las causas criminales, no debían intervenir así en las civiles, « porque no podéis », les decía el santo, « abogar « por una de las partes sin dañar á la otra, y haceros culpables acaso « de alguna injusticia ». Según el Derecho Romano, los infames no podían ser jueces. San Ambrosio y San Gregorio atribuyeron mayor alcance á la intención de esta ley, y « no querían que los que hubiesen « cometido GRANDES FALTAS pudieran ser jueces, por temor de que al « condenar á los otros no se condenasen á sí mismos ». San Agustín, habiendo sido presos en África unos cuantos *donatistas* acusados de homicidio en la persona de varios cristianos, se apresuró á escribir al Tribuno Marcelino pidiendo no les condenase á la pena capital, pues que á su juicio no debían vengarse los padecimientos de los siervos de Dios según la ley del talión, con suplicios tan severos, sino que conservada la existencia de los delincuentes se les había de impedir que reincidiesen ó reiterasen el mal, « restableciendo en su ánimo la calma

« de la recta conciencia, y dirigiendo sus maléficas energías hacía úti« les trabajos ». Y añadía: « Juez cristiano: cumple con el deber de « tierno padre; en la indignación contra el delito, acuérdate que eres « hombre, y al castigar los atentados de los reos, no te dejes llevar de « la pasión de la venganza ». ¡Oh, con cuánta previsión, cautela, ciencia y caridad debía intervenir la Iglesia con sus doctos hijos en la formación de las leyes y en las prácticas judiciales!

La escasa luz que servía para dirigir á los hombres en siglos de tinieblas, afirmaremos con Robertson, estaba como en depósito en los cláustros católicos; ellos solamente conservaban los restos de la jurisprudencia antigua, salvándolos de un eminente naufragio En su aprovechamiento y mejora, los eclesiásticos codificaron principios de equidad y moral consultando las necesidades de la época; muchas disposiciones que se tienen todavía como barreras de la seguridad personal, *han sido entresacadas de los reglamentos y usos de los tribunales eclesiásticos.*

La investidura legal, canónica y civil de los jueces de la Iglesia, adquirida con el progreso de los tiempos, fué un fenómeno político-social jamás debido como alguien absurdamente pretende, á intromisión audaz y usurpadora de seres inermes y pacíficos, pero sí debido evidentemente al homenaje de admiración y respeto que rendían las naciones y sus gobernantes á la virtud, á los sentimientos piadosos y á la austeridad científica de los preclaros ministros de tan augusta Religión.

En todo tiempo las jurisdicciones eclesiásticas han superado en mérito á las seglares. Las señoriales del feudalismo fueron menos vejatorias bajo la dependencia de las *Abadías* y *Prelaturas* que en el círculo de competencia de los *Condes* y *Barones;* acerca de esto no caben dos opiniones sinceras. El *Señor* eclesiástico estaba obligado á ejercer virtudes que el guerrero desdeñaba.

En Francia, dice Ariste Boue, en tiempos de ignorancia y barbarie el clero, que unía al saber la virtud, fué el árbitro voluntario de todas las diferencias de los que teniendo buen sentido preferían en vez de las *pruebas* por los elementos y el *combate* judiciario los juicios fundados sobre la ley, la razón y la equidad.

Cuando la barbarie reinaba aún en los tribunales civiles, atestigua Freyssinous, bajo el papado de Inocencio III, *primer jurisconsulto de su siglo,* los tribunales eclesiásticos, por la regularidad y la forma de sus procedimientos, podían servir de modelo.

No era extraño entonces que Inocencio III, si damos crédito á al palabra del célebre historiador Giannone, llamase á Roma á los principales personajes de su época para que comprometieran en él sus diferencias y se contentasen con que él les pusiera término con sus decisiones; de donde resultara que se agitasen en Roma las más graves y famosas cuestiones sobre Estados y prelaturas.

Las epístolas y decretales de Inocencio fueron coleccionadas para servir de texto á los estudiantes de Derecho en la renombrada Universidad de Bolonia.

El progreso más manifiesto de la legislación criminal en la Edad Media, dice Tissot, debe buscarse en la jurisprudencia eclesiástica, en la cual hallamos en el más alto grado el espíritu de justicia en la determinación de los delitos, en la elección de las penas y en la imputación. Las penas puramente canónicas no tienen nada de exorbitantes, ninguna es capital, y las perpetuas « están dulcificadas por el ré« gimen de una vida común más soportable que la de los estableci« mientos penitenciarios modernos más ponderados... El yugo de la « legislación eclesiástica es una verdadera emancipación ».

Si la justicia eclesiástica, prosigue el ilustre decano de la Facultad de Letras de Dijón en estos ó parecidos términos, puso en práctica el procedimiento inquisitorial, no le pertenecen los honores de la invención, y si por otra parte, ama el silencio y el misterio, es porque quiere proceder con recogimiento y porque se halla bastante segura de sus fraternales intenciones para no necesitar ser contenida en sus justos límites por la opinión pública; pero lo que la distingue sobre todo en su procedimiento, lo que la pone muy por encima de su tiempo, es su repugnancia por las *pruebas* y el *combate* judiciarios. Interviene á su pesar y sin aprobarlos, en el empleo de estos medios por la justicia secular, y si alguna vez ha acudido á ellos por necesidad, este habrá sido el menor tributo que habrá rendido á la brutalidad del siglo.

Tiene gran confianza en el juramento, el cual constituye uno de sus medios preferidos de prueba. Aprecia en su justa importancia la testimonial.

Los jueces eclesiásticos, por su instrucción y dedicación especial y exclusiva en el cargo, y por ser escogidos y permanentes, han sido en la opinión de la universalidad de los que de esta materia procesal se han venido ocupando, mucho mejores, más rectos, más aptos que los laicos.

La justicia eclesiástica, por razón de su privativo carácter, y con ocasión de la guerra contra los Albigences comenzó á aplicar el sistema inquisitivo, el cual, diremos con Du Boys, significó á su hora un adelanto y pudo ser visto como servidor de la justicia misma y aún de la libertad. Cuando el hombre de humilde condición, el débil por origen ó recursos, ó por su posición social, debía estar expuesto á las arbitrariedades, á los atropellos y venganzas del fuerte y opulento, no era fácil que se atreviese á comparecer ante el juez feudal para acusar sin rebozo á cara descubierta á sus detractores ó perseguidores malvados; lloraría sí, en silencio, su poquedad, bebería sus propias lágrimas, resignándose de buen ó mal grado á soportar despojos y atentados; y si por acaso la desesperación le arrastraba á correr todos los

riesgos y á luchar denodadamente por sus derechos, no tardaría en experimentar los efectos dolorosos de su audacia. La ley eclesiástica oponiendo al procedimiento acusatorio que no consentía ocultaciones ni disimulo de género alguno. un procedimiento reservado en que no era preciso que los quejosos se dieran á conocer, ni aún á los que atestiguasen en su favor, hubo de convertirse en protectora de la debilidad abatida por la persecución de los malos y en adversaria de la fuerza despótica. « Que esto fué así, que tal forma inquisitiva se tuvo « por garantía de justicia y causa de bienes, lo confirma el empeño que « mostraron los romanistas de la época en disputar á los canonistas la « gloria del invento ».

PROYECTO

DE UN

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL REFORMADO

TÍTULO I

CAPÍTULO UNICO

Preliminares

Artículo 1.° — No se impondrá pena alguna en consecuencia de actos ú omisiones punibles cuya represión incumba á la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código ó de leyes especiales, y en virtud de sentencia ejecutoria dictada por Juez competente.

Conc.: art. 1.° de la Ley de Enj. Crim. Española - art. 1.° del Cód. de Proc. Crim. Argentino—art. 5.° del Cód. de Proc. Penales Paraguayo.

Este precepto no innova realmente dentro de nuestro sistema procesal. Es lo mismo que el artículo 11 del Código de Instrucción Criminal vigente en la República expresa, aunque con ligeras diferencias.

Hemos pensado que á este último había de hacérsele más explícito en el sentido de establecer que las penas á que se refiere son únicamente las que se han de aplicar en consecuencia de actos ú omisiones cuyo castigo incumbe á ciertos jueces conforme al Código Penal del Estado, ó á leyes especiales complementarias del mismo; de manera que desaparezca todo motivo de confusión entre esta penalidad y la que por las infracciones civiles y disciplinarias, en general, pueda corresponder.

Aquel precepto es la traslación al Proyecto de Código que nos proponemos desarrollar con la gracia de Dios, del principio consagrado en el artículo 136 de la Constitución Uruguaya, según el cual: *ninguno puede ser penado ni confinado sin forma de proceso, y sentencia legal.*

Es necesario buscar los medios de impedir la existencia de una suma de autoridad demasiado considerable. Instintivamente, los pueblos celosos de sus libertades han recurrido á las proclamaciones escritas de sus derechos. Jéfferson, hablando de la Constitución federal de la Unión Americana, dijo que ella no podía ser completa ni aceptable sin una declaración de principios, verdadera salvaguardia del derecho público é individual, formidable dique capaz de contener á los gobernantes en el cauce de la ley y de la justicia, férreo molde en el que han de modelarse las formas de las modernas democracias.

Cuando la vida política de un pueblo, dice Líeber, no ha sido propicia á la fundación y desarrollo de sus instituciones, son con frecuencia las constituciones escritas el único punto de partida posible para darle la dignidad cívica y la conciencia institucional de que carece, y por lenta, superficial ó deficiente que sea su acción, representan el primer paso para iniciar la demarcación fundamental de las diversas manifestaciones del Poder Público. En épocas de enervamiento político, son un puente para pasar á tiempos mejores. Cuando la conciencia cívica está abatida y el patriotismo relajado para repeler por sí solo las usurpaciones, las buenas constituciones pueden proporcionar á menudo una ayuda importantísima. El hecho de apoyarse en la Ley Fundamental cierta, indubitable, despierta en el ciudadano un altivo sentimiento de sus derechos y le comunica un estímulo poderoso para obrar; aunque el mal gobernante suele despreciar lo mismo la ley escrita que la encarnada en la costumbre, se mirará generalmente mucho antes de atreverse abiertamente contra ese Código soberano. Es deber nuestro, por fin, definir las cosas con toda la claridad y en la síntesis posibles, en cuestiones de carácter jurídico. La confusión es la antítesis del derecho, y es sabido que toda ambigüedad, toda oscuridad y toda confusión en política, tiene una marcada casi irresistible tendencia al abuso y á la tiranía.

¿Quién no conoce la declaración de los derechos del hombre y de los ciudadanos hecha bajo los auspicios del Ser Supremo, por la Constituyente de 1793 (24 de Junio), en Francia? Y bien; como encabezamiento de ese monumento institucional, se lee: «El pueblo francés, « convencido de que el olvido y desprecio de los derechos naturales « del hombre, son las solas causas de las calamidades del mundo, ha « resuelto exponer estos sagrados é inenajenables derechos en una de« claración solemne para que los ciudadanos, comparando siempre los « actos del gobierno con toda la unión social, no sufran que la tiranía « los oprima y deshonre; para que el pueblo tenga siempre á su vista

« las columnas fundamentales de su libertad y bienestar, y las autorida-
« des la norma de sus deberes, y el legislador el objeto de su pro-
« blema ».

Véase, pues, cuán útil debe ser además, la reiterada consagración de los derechos individuales, de los principios constitucionales, en lo pertinente, en cada uno de esos cuerpos de leyes que forman el derecho positivo. Nunca podrá ser menos que un lazo de unión perpetuo, el símbolo de esa íntima dependencia que debe existir en la ley común con respecto á la magna carta; vínculo que no es fácil destruir sin grave trastorno para el individuo y la sociedad.

En la Constitución de 1812, de España, se estableció idéntico principio al enunciado; otro tanto se hizo en las subsiguientes, siendo así que la actual estatuye que: «ningún español puede ser procesado ni senten-
« ciado sino por leyes anteriores al delito y en la forma que estas pres-
« criben ». Y es de notar que, consecuentes con las ideas que no ha mucho acabamos de sustentar, en aras de altas conveniencias políticas los españoles también han hecho transcripción de tal principio constitucional en el primer artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con que se rigen.

Para imponer el castigo que toda trasgresión á la ley represiva apareja, es indispensable el enjuiciamiento del trasgresor, con sujeción á las formalidades que la ley procesal establezca, invulnerables é inomitibles, y sean estas mismas comunes ó particulares.

El artículo cuya glosa hacemos, difiere del 11.º del Código de Instrución Criminal Uruguayo, porque prevé los casos en que el procedimiento penal se rige por disposiciones especiales extrañas al Código proyectado; reconoce y respeta la autoridad propia de toda legislación especialísima, como ser, v. gr., la de *contrabandos*. La imprevisión fuera ocasionada á conflictos y dudas que entorpecerían el curso regular y ligero de los procedimientos.

Art. 2.º—Todas las autoridades y todos los funcionarios que intervengan en el procedimiento penal, cuidarán de consignar y apreciar las circunstancias adversas como favorables al presunto reo, y estarán obligados á instruirle de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor.

Conc.: art. 2.º de la Ley de Enj. Crim. Española.

Constiuyen la razón de ser de este artículo, en primer término la equidad y absoluta imparcialidad, á las cuales deberán ceñirse estric-

tamente los funcionarios ó autoridades de todo orden, que intervengan en cada proceso; pues, no es justo ni noble, dejar de consignar y apreciar las circunstancias favorables al presunto reo, para anotar y considerar tan sólo las adversas, lo que desvirtuaría á la justicia misma, cuya meta es la verdad y el triunfo del derecho, sea social ó individual, restableciendo la armonía que, como en lo físico, debe reinar en lo moral entre todas las libertades que en mala hora anonadó el delito.

La imparcialidad, antes y más que por las leyes, está impuesta por la conciencia de quien ejerce la augusta misión de la justicia. Sin embargo, á manera de un aguijón que despierte el sentimiento de la rectitud en el magistrado y avive el recuerdo de su ministerio, debe existir en los preliminares de un Código de Procedimiento la disposición que anotamos, que es y será siempre un contrapeso á todos los prejuicios capaces de detener la mano de los jueces y auxiliares, durante la tramitación de los sumarios, al amparo del secreto relativo, ó más ó menos absoluto, en medio del cual se verifica.

Se ha visto muchas veces que dichos funcionarios, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su celo por la causa de la sociedad que representan, recojen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando á veces consignar los que puedan favorecerle.

Parece, aquí entre nosotros, como en otras partes igualmente, como que hubiera una tendencia de nuestros jueces y fiscales en el sentido de acentuar la gravedad y responsabilidad de los hechos criminales. Con frecuencia, los defensores tienen que luchar con los preconceptos del Juez ó del representante del Ministerio Público mantenidos en su duro empeño por descubrir el delito y el delincuente, lo que quizás es para ellos un timbre de honor, cuando no un objeto de puro amor propio.

Indudablemente, estos son vicios de entidad mayor que hay que extirpar; y creemos que uno de los medios más adecuados para conseguirlo, más propios de la dignidad de la magistratura y funciones anexas, consiste en intercalar en cada Código de enjuiciamiento penal, un artículo tal como el que proyectamos, que recomiende la más austera imparcialidad y más positiva equidad en la constatación de los hechos, así como en la aplicación del derecho.

Hay momentos ó puede haber en la iniciación y prosecución de un juicio sin que el reo ó presunto transgresor de la ley penal esté asistido de defensor; se le tiene sólo, á merced de su acusador y de su juez, sin que pueda tal vez valerse á sí mismo, en defensa suya, porque carece de conocimientos precisos, ignora ó ha olvidado las leyes tutelares de su personalidad, es un ignorante ó un iletrado; no importa la presunción legal de lo contrario; ello es posible, es casi siempre un hecho que anula semejante presunción de *juris et jure*, que supone á

todos los habitantes del país conocedores de las leyes, por lo que la ignorancia de ellas no sirve de escusa ni exime de responsabilidad á nadie.

Pero, frente á frente de este precepto basado en el interés público, en la necesidad del orden legal, se levanta una razón de humanidad, una consideración moral, que, si aparentemente lo contraría, en realidad no lo afecta totalmente en su alcance, porque á pesar de ella surtirá esa presunción sus efectos finales, y el hombre, consciente presunto de la ley, sufrirá los rigores ó ganará las ventajas de la misma, según sean sus crímenes ó sus virtudes.

Por esta razón de humanidad, por ese instinto de solidaridad entre los hombres, por ese sentimiento de caridad colectiva, es que en su segunda parte, el artículo de la referencia expresa que los funcionarios que intervengan en las causas penales, estarán obligados á instruir á los procesados de sus derechos y de los recursos que puedan ejercitar, mientras no se hallaren acompañados de defensor.

Estando la sociedad tan interesada en amparar la inocencia como en castigar el delito, véase cuán leve puede ser el perjuicio que se le derive de dejar sin efecto momentáneamente aquella presunción, y de confundir hasta cierto punto las funciones de *juzgador* con las de la defensa.

Para no invertir la naturaleza de las cosas, si el juez se halla en el caso de instruir al reo, esta instrucción debe sencillamente limitarse á mostrar al procesado, ó enseñarle, leerle, la ley ó las disposiciones pertinentes de la misma, quedando á su libre albedrío usarlas ó desdeñarlas

TÍTULO II

CAPÍTULO ÚNICO

De los juicios penales

ARTÍCULO 3.º — Juicio penal es la contienda legal sometida á la resolución judicial y que tiene por objeto la aplicación de una pena por razón de un delito ó de una falta.

Conc.: arts. 1.º y 2.º del Cód. de Proc. Civil de la República O. del Uruguay.

Aquí llamamos *juicio penal* á lo que en el Código de I. Criminal vigente se denomina *juicio criminal*. Nos hemos apartado, pues, de esta última denominación, para guardar cierta concordancia, que conceptuamos lógica, entre la terminología del Código Penal patrio y la de la Ley *adjetiva* llamada á hacer efectivas sus disposiciones.

En el Código de I. Criminal de la referencia se clasifican los actos punibles en *delitos graves y delitos leves*, como en otros de otra nacionalidad en *crímenes y delitos*. De ahí que en estos últimos, la frase *juicio criminal* sea apropiada, porque *criminal* se deriva de CRIMINE, palabra latina que significa *crímen* ó *delito*.

En nuestro Código Penal tenemos que los actos punibles se dividen en *delitos* y *faltas;* luego, entonces, no podríamos hacer derivar el vocablo *criminal* de otro latino que abarcase el concepto de las palabras *delito* y *falta* conjuntamente.

En lugar de tomar por causa de derivación terminológica la causa del enjuiciamiento hacemos derivar la palabra penal (de *juicio penal)* del objeto ó fin de ese enjuiciamiento: la PENA, que es consecuencia común á los *delitos* y á las *faltas*. De ahí que convengamos en que es más apropiado decir *juicio penal* que *juicio criminal*.

ART. 4.º—Instancia en el juicio penal, es el ejercicio de la acción penal ante el mismo Juez que deba conocer del asunto.

Conc.: art. 1.º del Cód. de P. Civil de la República O. del Uruguay.

Esta definición comprende no sólo el ejercicio de la acción penal en lo principal, sino el que se refiere á lo incidental de una cuestión.

Como los incidentes pueden promoverse durante el *sumario*, desde luego que en él pueden intervenir, segun veremos, la parte del reo, la actora, el Ministerio Público, en su caso, de ahí que los Jueces de Instrucción suelan ser jueces de primera instancia.

Como la discusión sobre lo principal, ó sea sobre la naturaleza del hecho que se tiene por criminal ó digno de alguna pena, sobre el alcance de la legislación penal, sobre el grado de responsabilidad penal del presunto reo, etc., es materia del juicio penal durante el *plenario*, de ahí que la primera instancia acercá del conocimiento de tales puntos no corresponda á los Jueces de Instrucción, sino á los llamados en consideración á la gravedad del hecho incriminado, en primer lugar para fallar en definitiva.

La segunda instancia se verificará ante el Juez de inmediata y superior serarquia, encargado de controlar, por así decirlo, el fallo del anterior, ya sea confirmándolo ó revocándolo, después de reproducido el juicio sobre lo principal ó sobre lo incidental controvertido.

La tercera instancia podrá efectuarse con la reviste del proceso ante el Tribunal Superior, cuyo fallo será inapelable y por tanto causará *ejecutoria*.

En el proyecto se establece para la generalidad de los asuntos de jurisdicción represiva el sistema de tres instancias; pero sólo se crean dos para el uso de la acción penal por *faltas*.

Con el sistema de las instancias, que algunos tratadistas creen innesesario en materia penal, se persiguen estos fines: más acierto en los fallos, evitar los efectos de la ignorancia, del error y del soborno, verdaderos y posibles peligros que pueden relajar la administración de justicia.

Pero como en las causas de menor significación, como las de faltas, estos peligros deben ser correlativamente de menor importancia, de ahí la razón porque se disminuye el número de instancias en los procesos respectivos, habiendo como hay, además, un interés real en que séan tan breves en su substanciación como breve ó levo debe ser la pena á imponerse para su expiación próxima.

No debe haber en cada asunto más instancias que las que la ley determine; ni la jurisdicción que en ellas competa debe ser otra que la marcada por la misma; sin que puedan las partes separarse de esta regla, ni del procedimiento que para cada etapa del juicio debe seguirse. Los jueces, por esto y en obsequio á la claridad de los procesos y de su más cercana conclusión, han de rechazar de plano cuanto se pretendiese en otro sentido; son ellos legal y constitucionalmente responsables tanto de la más mínima agresión contra los derechos de los ciudadanos, como por separarse del orden de proceder que las leyes establezcan (1).

ART. 5.º—El juicio penal será verbal ó escrito, como lo dicen estas palabras; si bien en la primera calidad, las exposiciones de las partes deberán hacerse constar en actas.

Conc.: art. 7.º del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

La contienda que se suscite sobre los delitos y las faltas y sus autores, cómplices y encubridores, puede abrirse, seguirse, ventilarse y decidirse oralmente ó por escrito. Á este respecto hay usos diferentes, si bien se observa que en general se estila el procedimiento escrito para el conocimiento de los *delitos* y sus agentes, y el verbal para el de las faltas y sus factores.

Creemos que la forma escrita se amolda más que la verbal al rigorismo de exactitud y fidelidad que debe existir en todas y en cada

(1) Artículo 116 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay.

una de las partes del juicio, tratándose de hechos que, como los delitos, afectan hondamente la moral y la tranquilidad de los pueblos.

Mas, si se tratase de *faltas* y su castigo, que son por su índole, menos graves que los *delitos* y su pena, basta para juzgarlos el método verbal, que á más de sencillo se adapta como ninguno á la brevedad.

En realidad, segun el Proyecto, el juicio verbal empieza cuando el sumario ya instruído pasa al Juzgado de Paz competente (artículo 711 y siguientes), y termina cuando el asunto va en alzada al Juzgado de lo Correccional (en Montevideo), ó al de lo Correccional-Penitenciario (en los Departamentos llamados de Campaña), ó sea donde se procederá de manera mixta, por un sistema verbal-escrito, cuyas ventajas é inconvenientes se equilibran.

TITULO III

CAPÍTULO ÚNICO

Cuestiones prejudiciales

Artículo 6.º—Son aquéllas, civiles y administrativas propuestas con motivo de los hechos punibles perseguidos, y que han de ser resueltas previamente, ya por el Juez ó Tribunal encargado de la justicia penal, ya por el Juez ó Tribunal de lo Civil.

La jurisprudencia española sobre enjuiciamiento penal, define del mismo modo que nosotros las *cuestiones prejudiciales*. En efecto: la definición que damos es la misma que expone don Emilio Reus en sus concordancias y anotaciones á la Ley de Enjuiciamiento Criminal de aquella nacionalidad.

Por autores franceses de nombradía se definen esas mismas *cuestiones*, diciendo que son todas las que se suscitan incidentalmente en una instancia, que deben ser juzgadas con prelación á la cuestión principal, sobre cuya decisión deberán influír; por lo que ésta ha de quedar en suspenso mientras aquéllas hayan de ser resueltas. Faustin Hélie dice que son excepciones que suspenden la persecución ó el juzgamiento

de un crimen, de un delito, de una contravensión, hasta verificar previamente un hecho anterior cuya apreciación es una condición indispensable de esa persecución y de ese juicio. Tal, por ejemplo, es en una acusación de supresión ó de suposición del estado civil, la cuestión de estado del niño cuya filiación hubiere sido suprimida ó supuesta; en una acusación de bigamia, la cuestión de validez del primer matrimonio; en materia de violación de depósito, de abuso de confianza, ó de destrucción de títulos, la cuestión de la existencia del depósito, del contrato ó de los títulos; en materia de robo, la cuestión de la propiedad ó de la posesión de los objetos robados; en fin, en casos de delito ó contravenciones cometidas sobre inmuebles, la cuestión de propiedad de estos inmuebles ó el ejercicio de los derechos inmobiliarios respectivos.

En los juicios penales se proponen no raros incidentes que, sin contradecir los hechos de la imputación, suponen el ejercicio de un derecho que legitimando el acto incriminado hace ilícita la continuación del proceso: *feci, sed juri feci.* Semejantes excepciones, conceptúa Francisco Saluto, bajo cualquier hipótesis que las consideremos, sea que ellas provengan del derecho de propiedad ó de posesión, sea de los términos de un contrato ó de otro derecho cualquiera, son por lo tanto medios ó hechos justificativos que no se pueden *á priori* declinar sin someterlos al mismo examen que la acción criminosa, sin desconocer el sacro derecho de la defensa.

El Derecho Romano presenta sobre este tópico disposiciones esparcidas en su texto, que están lejos de suministrar reglas precisas. Las Institutas preveen el caso en que los jueces son llamados á decidir incidentalmente respecto de otros puntos en litigio, sobre cuestiones de libertad y filiación (Lib. 4., Tít. 6, § 13).

Una ley romana (De ordine cognitionum), expresa la necesidad de juzgar las *cuestiones prejudiciales* antes que otras que dependen de éstas. Roma ha sido en su *Forum* pródiga de ejemplos sobre el particular. Ilustraremos estos estudios con la cita de uno. Vitalius había intentado una acción criminal contra cierto conciudadano. Éste se excepcionó sosteniendo que era *esclavo*, en cambio dé sostener su acusador que era *libre;* y queriendo éste continuar la querella y no pudiendo hallar en la ley el medio expedito á tal propósito, consultó al Emperador Alejandro para saber si podría ser admitido á seguir la acción antes del juzgamiento de la cuestión relativa al *estado* del reo. El Emperador le prescribió que hiciera juzgar antes de todo si éste era *libre* ó *esclavo.* Hay semejantes al que dejamos consignado, muchos ejemplos, donde, como bien infiere Dalloz, resulta que en los tribunales romanos, las cuestiones de *estado civil* debían ser resueltas con anterioridad á la acusación, todas las veces que su solución debía influir sobre el carácter del hecho denunciado como delito y sobre la entidad de la pena correspondiente.

Admitida la acepción general de las *cuestiones prejudiciales*, en razón de la cual estas son las que deben ser juzgadas ó por vía de una instrucción separada, ó por otra autoridad que la encargada de la acción principal, pero con prelación á esta, no es posible confundirlas con las cuestiones previas. Todas las *prejudiciales* son *previas*, pero no todas las previas *prejudiciales*. Tienen de común el reclamar decisión anterior á la del asunto principal. Todas las excepciones dilatorias, que se formulan en artículo de previo y especial pronunciamiento, que son por consiguiente cuestiones previas, como las prejudiciales, no son *cuestiones prejudiciales*. Los capítulos incidentales de previo pronunciamiento no tienen por sí solos valor alguno, importancia positiva, de manera que separados del asunto principal no pueden ser objeto de procedimiento alguno. Las *cuestiones prejudiciales* tienen existencia propia, independiente, un verdadero valor jurídico, y pueden reclamar procedimientos con prescindencia absoluta del asunto principal.

En las cuestiones previas debe entender siempre el Juez competente, en la litis principal, en virtud del aforismo conforme al cual *lo accesorio sigue á lo principal*, y del muy conocido precepto de que los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada, la tendrán para todas sus incidencias. Mientras que las *cuestiones prejudiciales* unas veces caen bajo la jurisdicción del asunto principal y otras bajo otra competente *ratione materiæ*.

Dentro de esa acepción general, cabe reconocer la existencia de cuestiones prejudiciales en materia civil y en materia penal.

De estas últimas nos ocuparemos con la mayor detención y claridad posibles, por que son asunto obligado de nuestro proyecto. Todas se caracterizan por pertenecer al orden civil. No hay cuestiones prejudiciales del orden penal que puedan serlo de un asunto penal; en cambio de haberlas que pueden serlo de un asunto civil, como se induce del artículo 5.º del Código de Instrucción Criminal Uruguayo, en la parte que dice que: *ejercitada sólo la acción penal* (proviniente de delito) *no podrá intentarse la civil hasta que sea resuelta definitivamente aquella.* Y la razón es obvia: porque la cuestión civil sobre reparación del daño causado, ó sobre indemnización de daños y perjuicios, objeto de la jurisdicción civil, entonces, depende de una cuestión de hecho: el *delito*, que es á su vez objeto de la jurisdicción criminal. Recordaremos también como tipo de *cuestión prejudicial* penal el que nos ofrece el artículo 557 del Código de Procedimiento Civil patrio, que estatuyendo acerca del juicio de árbitros, prescribe que: *si una de las partes redarguyere de falso criminalmente el documento presentado por la otra, y ésta insistiera en servirse de él ante los árbitros, éstos lo pasarán al Juzgado del Crimen, suspendiendo entre tanto el procedimiento sobre lo principal.*

En materia penal se distinguen dos especies de *cuestiones prejudiciales:* unas son prejudiciales á la acción en sí misma; las otras lo son al enjuiciamiento. Las primeras suspenden la acción penal, de modo que ésta no puede ser intentada antes que tales cuestiones hayan sido resueltas; una de ellas es la cuestión civil relativa al *estado* del menor, que debe ser juzgado con prioridad á toda denuncia sobre supresión del estado civil. Tienen, pues, por efecto, anular, anonadar los procesos comenzados, haciendo pronunciar la incompetencia *en cuanto al presente (quant á present* — Hélie) de la jurisdicción ejercida. Las otras no conducen sino á suspender momentáneamente el procedimiento directo penal, hasta que sean resueltas.

Las *cuestiones prejudiciales* que ocurren en cada asunto penal deben ser solucionadas, unas por el Juez ó Tribunal que entiende del asunto principal, otras por un Juez de lo civil. Esto es una nueva distinción entre ellas; pero siempre tienen de común que su examen y juzgamiento deben preceder al del fondo de la litis principal.

Para reconocer si un hecho da mérito á una *cuestión prejudicial,* es necesario tener en cuenta los principios siguientes:

1.º La cuestión prejudicial no puede resultar sino de hechos anteriores al delito (ó contravensión) imputado á quien la propone.

2.º El hecho, la prueba de su existencia, debe depender únicamente de la apreciación de títulos y de cuestiones independientes del delito.

Así, todas las veces que se hace derivar el delito de la violación de un contrato anterior, como en el caso de violación de un depósito, y que el prevenido niega la realidad de este contrato, la cuestión de saber si ha existido ó no, es una cuestión de hecho independiente del delito; es una *cuestión prejudicial,* porque no se podría constatar el delito sin que antes ella fuese examinada y resuelta.

A la inversa, si el delito ó falta imputada reside en el contrato que ha motivado el ejercicio de la acción penal, es evidente que la prueba de ese contrato se confunde con la del delito ó falta; no podría constituir una *cuestión prejudicial* cuyo examen y juzgamiento debiese ser separado de los correspondientes al fondo del asunto principal. En todos los casos de esta especie las excepciones opuestas por el prevenido al hecho que sirve de base al juicio respectivo, no son más que simples medios de defensa, cuya apreciación está íntimamente ligada á la de la denuncia ó acusación misma.

Art. 7.º — Por regla general la competencia de los Jueces ó Tribunales encargados de la justicia penal se extenderá á resolver, para solo el efecto de la represión,

las cuestiones civiles y administrativas propuestas con motivo de los hechos perseguidos.

Conc.: art. 3.º de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 8.º—Si la cuestión prejudicial fuese determinante de culpabilidad ó de inocencia, el Tribunal ó Juez de lo Penal suspenderá el procedimiento hasta resolución de aquélla por quien corresponda; pero podrá fijar un plazo que no exceda de un mes para que las partes acudan al Juez ó Tribunal Civil ó contencioso-administrativo competente.

Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Tribunal ó Juez de lo Penal alzará la suspensión y continuará el procedimiento.

En estos juicios será parte el Ministerio Público.

Conc.: art. 4.º de la Ley de Enj. Crim. Española—Art. 33 del Cód. de P. Penal Italiano.

Art. 9.º—No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, las cuestiones civiles prejudiciales referentes á la validez de un matrimonio ó á la supresión de estado civil, se deferirán siempre al Juez ó Tribunal de lo Civil que debe entender de los mismos, y su decisión servirá de base al Tribunal ó Juez de lo Penal.

Conc.: art. 5.º de la Ley de Enj. Crim. Española—Arts. 326 y 327 del Código de Napoleón.

Art. 10—Si la cuestión civil prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble ó á otro derecho real, el Tribunal ó Juez de lo penal podrá resolver acerca de ello cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico ó en actos indubitados de posesión.

Conc.: art. 6.º, Ley de Enj. Crim. Española—Art. 33, Cód. de Proc. Penal Italiano.

Art. 11—El Tribunal ó Juez de lo penal ó civil ó de lo contencioso-administrativo someterá sus procedimien-

tos y decisiones á las reglas y preceptos del derecho civil ó administrativo, en las cuestiones prejudiciales que con arreglo á los artículos anteriores deba resolver.

Conc.: art. 7.° de la Ley Enj. Crim. Española.

En estos artículos se establecen reglas generales y especiales para determinar la jurisdicción competente sobre las cuestiones prejudiciales.

Esta determinación puede sér en la práctica una de las más difíciles preocupaciones de las personas que intervienen necesariamente en los juicios penales.

En general, es de la competencia del Juez ó Tribunal encargado de la justicia represiva, el conocimiento y fallo de las cuestiones prejudiciales civiles ó administrativas propuestas, cuando éstas parezcan tan íntimamente unidas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación.

Una máxima tan antigua como universalmente admitida en derecho, dice qúe: *el juez de la acción es el juez de la excepción.* Los casos en que esta máxima no tiene aplicación son rarísimos, y las leyes cuidan de enunciarlos y distinguirlos claramente.

Sensatamente observa Merlín que no puede circunscribirse á un límite dado la competencia de los jueces en lo criminal, y que cuando sobreviene una infracción, los jueces mencionados deben examinarla y apreciarla en todos sus elementos esenciales.

El juez encargado del estudio de un hecho delictuoso tiene el derecho y el deber ineludible de apreciar todas las circunstancias constitutivas de ese hecho y de resolver todas las cuestiones conexas que no pueden separarse del delito; aún cuando, piensa Mangín, esta apreciación y solución salieran de su competencia, si le hubieran sido sometidas por acción principal é independiente de todo delito. De otra manera, habría necesidad de llevar ante diversos tribunales las cuestiones distintas que pueden originarse de un hecho punible; con lo cual la marcha de la justicia sería pesada, embarazosa, lenta, expuesta á frecuentes conflictos de competencia; á cada instante, roto el encadenamiento lógico del proceso é interrumpida su unidad, iríase por fin á dictar un fallo que no ha sido inspirado en los debates sobre el conjunto, faltando por consiguiente, según la expresión del precitado jurisconsulto, una de las *condiciones substanciales* de una buena, pronta y recta justicia.

Así es, dice Dalloz, que se ha decidido que la jurisdicción criminal *(correctionnelle)*, es competente para resolver las cuestiones de derecho civil que se relacionan con el hecho origen del proceso, á menos que estas cuestiones hayan sido formalmente sustraídas en la ley á esa jurisdicción, y atribuídas á otra.

Si la cuestión prejudicial, establece el artículo 8.º del Proyecto, fuese determinante de la culpabilidad ó de la inocencia del encausado, el tribunal competente, de lo penal, suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda. Ahora bien; para que exista relación determinante ó de causa á efecto, entre ciertas cuestiones y el delito, es indispensable que estén basadas en hechos completamente distintos, separados y sucesivos.

La cuestión civil prejudicial referente á si se ha verificado ó no el depósito, es una cuestión de hecho independiente del delito de violación de depósito; se refiere, además, á actos anteriores al hecho punible, y es determinante de culpabilidad ó no lo es, porque si no se demuestra la existencia del depósito no puede haber violación de este contrato jurídicamente.

Tratándose, por consecuencia, de cuestiones civiles que asumen extraordinaria importancia, que resumen en sí todo el interés de una causa, que son, no obstante, distintas del delito é independientes, es indiscutible que debieran resolverse por los tribunales civiles, especialistas en la materia y por ende, verdaderas garantías de mayor acierto en el descubrimiento de la verdad del hecho ó del acto civil antecedente del delito.

Y si la cuestión prejudicial es determinante de culpabilidad ó de inocencia, á tal extremo que hasta no resolverse no puede saber nadie legalmente si hay delito ó no en el hecho perseguido, es racional y lógico que el tribunal del crimen debe suspender el procedimiento hasta que recaiga sentencia con relación á aquélla.

Pero esta suspensión no debe ser indefinida, ni mucho menos estar sujeta al arbitrio y mala fe de las partes en el juicio principal.

De ahí que, atento á las circunstancias, puede el juez señalar un término que no excederá de *un mes*, para que los interesados ocurran al tribunal ó juzgado de lo civil ó contencioso-administrativo, á someter á su decisión la cuestión prejudicial.

Como la sociedad tiene un interés directo en que no quede burlada la justicia penal, dada la influencia que en el juicio penal va á tener el relativo á las cuestiones prejudiciales propuestas, determinando de antemano la culpabilidad ó la inocencia del presunto reo ó la gravedad del delito presunto, es natural que sea también parte en el conocimiento de la cuestión prejudicial el Ministerio Público.

El plazo que el Juez señalare como queda dicho, debe ser utilizado por las partes, que si no acreditaren haberlo aprovechado, volverán á la jurisdicción del Juez en lo penal, quien abrirá juicio sobre la cuestión prejudicial propuesta, alzándose la suspensión y continuándose el procedimiento.

A las reglas generales establecidas por el artículo 7.º y 8.º del mismo Proyecto se siguen algunas excepciones: la primera versa sobre las

cuestiones prejudiciales civiles referentes á la validez de un matrimonio ó al estado civil en general; las cuales se deferirán siempre al Juez ó Tribunal de lo civil competente, sirviendo, por supuesto, su decisión de base al Tribunal ó Juez de lo penal.

Esta excepción se funda en que intereses tan elevados como los que se refieren al estado civil de las personas, no deben ser separados de la jurisdicción llamada especialmente á tutelarlos.

Duveyrier, famoso jurisconsulto francés, comentando el Código de Napoleón que prescribe una disposición idéntica á la que proponemos, dice refiriéndose al hecho de intentarse un reconocimiento de filiación por vía distinta de la que la ley civil señala: «Semejante proceder es « la subversión de todo el orden judiciario, una palanca fatal puesta á « la entrada del mundo para destruir desde sus más hondos cimientos « las familias más puras, más dignas de consideración y respeto. Ade« más, el hecho que da lugar á la demanda, sin duda que puede ser « reprensible; empero, su objeto es siempre meramente civil, y la parte « civil no tiene en su mano la acción represiva del delito. Claro es que « está en el interés social que sean castigados los crímenes y que no « se extingan las pruebas que señalan su perpetración. Mas, hay otro « interés muy alto y muy grande que no debe ciertamente descuidarse; « tal es el que el orden en la sociedad no se turbe bajo el pretexto de « robustecerlo y afirmarlo

Otra excepción á las mismas reglas generales consiste en que si la cuestión civil se refiere al derecho de propiedad sobre inmuebles ó á otro derecho real, el tribunal de lo criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico ó en actos indubitados de posesión.

En lo que se ve que esta es una excepción de garantía que se merece el derecho de propiedad, uno de los fundamentales de la vida social.

Como que las cuestiones prejudiciales en lo penal son de naturaleza civil ó administrativa y constituyen verdaderas cuestiones judiciales, que por sí solas, dada su entidad jurídica pueden dar ocasión á un procedimiento propio, no cabe duda de que deben resolverse en conformidad con lo que prescribe la rama del derecho procesal á que pertenezcan. Proceder de otro modo, sería involucrar en un asunto cuestiones que deben estar regidas por principios distintos, y llevar el desconcierto á la administración de justicia. Por esto es que convenimos con el Código de Napoleón, el Español y otros, y sus ilustres comentaristas, en que, tanto los tribunales de lo penal, como los de lo civil y administrativo, cuando conozcan cuestiones prejudiciales deberán someter su discusión y decisión á los preceptos del derecho procesal civil ó administrativo en vigencia.

TÍTULO IV

CAPÍTULO ÚNICO

De los Jueces de Instrucción

Artículo 12 — Con la denominación de *Jueces de Instrucción* se declara instituída una categoría auxiliar de empleados de justicia, cuyo cometido será exclusivamente el de instruir los sumarios preparatorios de cualquier juicio penal.

Art. 13 — Serán seccionales y nombrados por el Juez de lo Penitenciario que indicare el Tribunal Pleno oportunamente, en el Departamento de Montevideo, y por los Jueces de lo Correcional-Penitenciario, en los otros Departamentos.

Art. 14 — Reunirán los siguientes caracteres:

1.° Ser varones y tener veinticinco años de edad.
2.° Ser vecinos arraigados en la Sección donde han de ejercer el cargo.
3.° Ser ciudadanos naturales ó legales.
4.° Ser notoriamenie idóneos y de buenas costumbres.
5.° Saber leer y escribir.
6.° Tener las facultades sensitivas y morales en plena actividad.
7.° No ejercer ningún otro empleo público.

Art. 15 — Durarán en su cargo todo el tiempo de su buen comportamiento.

Art. 16 — En su defecto, enfermedad ó ausencia harán sus veces los más inmediatos.

Art. 17 — Establecerán su oficina en un lugar céntrico, siendo posible, en la Sección á que pertenezcan, que estará abierta los días hábiles desde las 8 de la mañana hasta la entrada del Sol, salvo la habilitación de feriados y de horas.

Art. 18 — Deberán desplegar en su desempeño la mayor laboriosidad y cumplir correctamente las diligencias de instrucción que los Jueces superiores, una vez elevados los sumarios, les encomendaren.

Art. 19 — Cuando fuere necesario se servirán de la fuerza pública ó policial.

Art. 20 — Actuarán con testigos á no haber Escribano Público en el lugar y en lo referente á la forma de sus actuaciones se ceñirán estrictamente á las reglas de procedimiento prescritas en este Código.

Art. 21 — Son sus responsabilidades las mismas de los otros Jueces en lo tocante á sus funciones, y se harán efectivas de la misma manera que la de éstos.

Art. 22 — El Estado los presupuestará prudencialmente, teniendo ellos opción á honorarios por diligencias que se valorarán de conformidad á un Arancel formulado por el Superior Tribunal Pleno y se cobrarán y distribuirán á manera de costas.

Recién el 27 de Mayo de 1896 surgió entre nuestras instituciones la de los jueces instructores, con un fin marcado, autoridad propia y verdadera autonomía. En esa fecha, el Gobierno de la República, durante la administración de don Juan Idiarte Borda, llenó una de las necesidades más sentidas en el país, particularmente en el Departamento de la Capital (Montevideo), creando dos Juzgados de Instrucción en lo Criminal, encargados únicamente de conocer « en todas las causas por « delitos que ocurran en el Departamento de Montevideo, hasta la ter« minación de los sumarios » (1).

(1) Artículo 2.º de la ley respectiva.

Antes, tanto los Jueces del Crimen como el Correccional, debían instruir los sumarios en los casos de su competencia, cuando acaecían delitos en el Departamento de Montevideo; siendo de advertir que los primeros tenían jurisdicción en las mismas causas durante el *plenario* hasta el estado de sentencia definitiva; llegadas aquí, el Juez sumariante debía pasarlas al otro Juez del Crimen, para que, desdeluego, dictara sentencia y otorgase los recursos legales que de ésta se interpusieran (artículo 234 del Código de Instrucción Criminal Uruguayo).

El Juez Correccional debía asumir en cada asunto de su competencia la jurisdicción sumaria y la plenaria en todas sus etapas.

Sabido es que no habiendo en Montevideo más que un Juez Correccional y dos del Crimen, y siendo tan numerosas las causas que conocían por jurisdicción inicial ó por apelación, debía esta parte de la Administración de justicia, sufrir grandes y perjudiciales demoras, en oposición á que en ningún caso, como tratándose de delitos y lo que es más, de delitos graves, correspondería la más breve terminación de los procesos, para la más pronta reafirmación del derecho violado por el delito y mayor eficacia de la penalidad, ó si el reo es inocente, para su más breve y justa rehabilitación.

No obstante la facultad de abreviar términos en el procesamiento de delitos atroces, que tenían y debían usar sin omitir las formas substanciales del juicio los Jueces del Crimen (artículo 389 del Código de Instrucción Criminal), las causas habían de seguir forzosamente un curso lento y retardado gracias á la acumulación enorme de trabajo que pocos jueces debían cumplir.

Este inconveniente y otros de tanta ó superior importancia que analizaremos en oportunidad, fué salvado en mucho con la creación de los Juzgados de Instrucción á que nos hemos referido.

Desde allí data la casi prodigiosa celeridad en el giro de los procesos, y es de esperarse que la sanción moral de las penas surtirá efectos más inmediatos y que el encausado inocente se verá en breve plazo y ya no en años interminables, libre del estigma infamante de la delincuencia.

En los Departamentos de campaña, como hemos dicho se ha dado en llamar á los de la República excepto el de la Capital (Montevideo), conforme á la ley procesal vigente, son jueces instructores los Departamentales, en las causas de su competencia de plenario, y en las que procediendo de delito cometido en sus respectivos Departamentos, son de la competencia plenaria de los Jueces del Crimen. En tales Departamentos, todos los jueces: el Departamental, los de Paz y los Tenientes Alcaldes (artículo 145 del Código de Instrucción Criminal), tienen jurisdicción para prevenir la instrucción de los sumarios, formalizando las primeras y más urgentes diligencias en los casos de delito *in fraganti*, cuando se encontraren inmediatos al lugar del suceso, dando

cuenta al juez competente de la localidad, á los efectos de derecho, y cediendo el más inferior al superior cuando concurran juntos al ejercicio de aquellas funciones. Pero esto no quita, como se puede ver, que los Jueces de Paz sean Jueces de Instrucción en las causas de su competencia plenaria, lo mismo que los Jueces Departamentales.

Harto conocido es que todos esos magistrados ejercen una jurisdicción mixta, compleja, porque abarca el conocimiento de causas civiles, penales, administrativas y lo que es el colmo, políticas.

Los Jueces Departamentales, que son uno por Departamento, tienen á su cargo el estudio y consideración de asuntos tan varios como numerosos. Aparte, pues, del recargo que tienen por la multiplicidad de litigios, está lo engorroso y difícil que resulta de la falta de especialización de materias. Esto menos tenían los Jueces del Crimen, y sin embargo, las causas andaban á paso de buey. ¿Qué otra cosa se puede exigir de los Jueces Departamentales?

De ahí que si necesario son los Jueces de Instrucción en el Departamento de la Capital, también, y no menos sino con mayor razón, lo son en campaña; los de la Capital son dos, ¿por qué no son más? ¿por qué no se subdivide su tarea, verdaderamente abrumadora con la institución de otros?

La población del Departamento de Montevideo lo demanda.

En los Departamentos de Campaña, también deben ser varios, ya no tanto por su población sino por la grande extensión de su suelo. Uno, dos Jueces de Instrucción, en cada uno de esos Departamentos representarían poca cosa, ó nada siempre que hubieran que trasponer largas distancias y atender simultáneamente los llamados y denuncias que se les hiciere por delitos cometidos en el mismo tiempo y en lugares opuestos. ¿Cómo llenar, pues, estas necesidades que frecuentemente se hacen sentir, sino aumentando el número de aquellos magistrados?

Hasta ahora, la institución de Juzgados de Instrucción, sin otro destino que el de instruir los sumarios de delitos ó faltas, ó sea el *expediente preparatorio* de cualquier juicio penal, según la definición del artículo 12 de nuestro Proyecto, es una institución local, limitadísima cuando debe ser general, amplísima.

Ha venido sucediendo con nuestros jueces, lo que desde tiempos de don Alonso el Sabio sucedía en España. Ya en tan remota época existía en la madre patria, por cuyas leyes hemos sido gobernados, conservando hasta el presente sinnúmero de sus viejas y nuevas prescripciones dentro del sistema legal que el gobierno propio nos ha formado; ya en aquella época, decíamos, las Salas de los señores Alcaldes de Casa y Corte, que constituían un alto Tribunal del Reino, tenían una jurisdicción criminal privativa y absoluta respecto de los delitos cometidos dentro de la Corte y su *rastro* (cierto radio, de diez leguas, poco más ó menos).

Conocían también de las apelaciones de los juicios criminales de que entendían el Corregidor de Madrid y sus tenientes, así como de otras interpuestas ante otras autoridades judiciales establecidas.

Las Salas reunidas (en Sala Plena), se componían de doce Alcaldes, un Fiscal y un Gobernador.

Cuando se denunciaba ante ellas un delito, entraban sigilosamente á su averiguación, así como á la de los delincuentes; ordenaban la prisión de éstos, recibían sus declaraciones indagatorias, oían testigos, etc., etc., hacían, en una palabra, cuanto era preciso á la comprobación del hecho delictuoso y al conocimiento y seguridad de los autores. Instruído el sumario, recibían la acusación y la defensa del reo, y por fin sentenciaban.

Los Alcaldes, especie de Alcaldes Ordinarios, miembros de aquellas Salas, también tenían jurisdicción penal amplia dentro de sus respectivos *cuarteles* (distritos), para admitir querellas y acusaciones, recibir informaciones, mandar prender y tomar conocimiento de cuantas causas criminales ocurriesen; pero no podían imponer pena sino en casos de poquísima gravedad. Para los graves se reservaba jurisdicción por la ley á las Salas.

Actualmente, en España, hay Jueces de Instrucción de partido ó demarcación; son los ordinarios. Pero, para algunos casos, procede el nombramiento de Juez instructor especial, recayendo en algún miembro de los Tribunales encargados de la justicia punitiva, ó en un funcionario del orden judicial en activo servicio, de los existentes en el territorio jurisdiccional de dichos Tribunales.

Alguien ha sostenido que en España ya no tienen lugar los nombramientos de jueces *pesquisidores*, que designaban los Tribunales Superiores, como el Consejo Real, las Chancillerías y las Audiencias, para averiguar determinados delitos y descubrir sus autores, ó también para castigarlos, con prescindencia de la justicia ordinaria. Estos nombramientos se hacían á veces cuando los jueces ordinarios eran omisos y negligentes en la persecución y castigo de los culpados, ó cuando se recelaba que por la prepotencia de los delincuentes, gravedad y complicación de los delitos, no tendrían la entereza y sagacidad necesarias para hacer la averiguación de éstos y el escarmiento de aquéllos.

Pero, en nuestro modo de ver, esto no parece del todo exacto; porque el artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española actual dice: que las Salas de Gobierno de las Audiencias territoriales podrán nombrar también un juez instructor especial, cuando las causas versen sobre delitos cuyas extraordinarias circunstancias, ó las de lugar y tiempo de su ejecución ó de las personas que en ellos hubiesen intervenido como ofensores ú ofendidos, motivasen fundadamente el nombramiento de aquél para la *más acertada* investigación, ó para la más segura comprobación de los hechos, si bien esos Tribunales da-

rán cuenta del uso de semejante facultad al Ministerio de Gracia y Justicia.

La interesante cuestión de saber si los Jueces de Instrucción deben ser una institución judiciaria con autoridad propia, independiente y permamente, ó por el contrario, si no debe existir esta como tal, sino como simple función de otra institución judicial con fines más amplios, encargada finalmente de decidir sobre la culpabilidad ó inculpabilidad de los presuntos reos de delito, después de apreciar y juzgar sobre los hechos que pueden informarlas, es una cuestión aún no resuelta definitivamente en el terreno especulativo, como tampoco en el de la legislación positiva. Reina el mayor desacuerdo todavía entre juristas y legislaciones. No obstante, se nota una marcada y casi irresistible tendencia en el sentido de hacer de dichos jueces una entidad como la que proyectamos, varia, sí, en la forma, empero única sustancialmente.

Como que las funciones instructorias tienen más de ejecutivas que de deliberativas, nace el que concuerden los autores, casi universalmente, en que cada Juzgado de Instrucción tenga á su frente un solo Juez (magistrado). La coexistencia de varios, entorpecería la marcha del sumario, porque cada uno de sus componentes, cualquiera de sus grados, habría de ser objeto de consulta y de perfecto acuerdo entre colegas, que, dicho sea de paso, deberían ser inseparables compañeros y estar igualmente dispuestos en cualquier instante, en un mismo orden de actividades, rápidas, correlativas, coherentes, lógicas; lo que sería imposible, ó poco menos, obtener de la dualidad.

Una escuela doctrinaria quiere la supresión de la instrucción preparatoria, confiando la tarea de reunir las pruebas para la acusación al Ministerio Público, y las de la defensa al inculpado; siendo el magistrado el que las aprecie y dirima los eventuales conflictos entre las partes.

Prescindiendo de que nadie puede negar el derecho de estas en todo juicio penal, de aportar las pruebas que á esos respectos puedan y quieran presentar para el logro de un fallo ilustrado del Juez, sería absurdo negar que hay interés, tanto para los sociedad como para el encausado, en que antes de formalizarse el procedimiento acusatorio, de *plenario*, se lleve, por así decirlo, inventario solemne de los hechos ó circunstancias que han de servir de base al proceso, y se tomen las medidas que conduzcan á garantir su eficacia, antes que el tiempo ó los acontecimientos borren las huellas del delito ó falta y el autor escape á la coerción y burle las penas de la ley. «Son frecuentes» (decía la Comisión de Legislación de la H. Cámara de Representantes, al informar sobre el Proyecto de Ley que creaba los Juzgados de Instrucción, haciéndose cargo de la urgente conveniencia de esta institución para nuetro país), « los casos en que la ausencia de una investigación « inteligente, activa, escudriñadora, impide fijar con claridad las res-

« pectivas responsabilidades de autores, cómplices y encubridores; se « presentan procesos en que tienen que ser absueltos los autores de « delitos graves, por falta de pruebas y por defectos de averiguación « oportuna. La pérdida de momentos cuando aún están frescas las « huellas del crimen, cuando el paso del culpable se señala por rastros « que puede borrar la acción de la Naturaleza ó de la mala fe, es de « tal manera irreparable, á veces, que se hace imposible suplirla más « tarde por laboriosa que sea la investigación que se realice ».

La instrucción sumaria, lejos de desnaturalizar el procedimiento acusatorio, que es aquel al cual tiende la universalidad de las leyes, lo facilita, por que se adelanta á presentarle las bases que requiere toda acusación, la comprobación del hecho punible y la averiguación del delincuente ó faltador, sin los cuales toda acusación es imposible

Siempre queda al Ministerio Público el derecho de abstenerse del ejercicio de la acción penal si no encuentra en el hecho denunciado los caracteres del delito.

Y con razón ha dicho Ortolán que cuando las diligencias de la instrucción han terminado, hay una garantía demás para la sociedad y para el procesado antes de pasarlo á un Juez investido del derecho de castigar, si se decide por una jurisdicción instructoria si hay ó no lugar á su remisión.

Así como hay legislaciones que dan la potestad de sumariar al Juez ó al Tribunal encargado de juzgar en definitiva si los hechos son ó no culpables y acerca de la pena que corresponde á los autores, cómplices y encubridores de los mismos, hay otras, como la italiana, que dan poder al Ministerio Público, al Fiscal del Crimen, al acusador, para que en los casos de flagrante delito, se traslade al lugar del mismo y desarrolle el procedimiento inquisitivo, ordenando la detención de las personas contra las cuales haya indicios graves, que hayan intentado huir ó despertado sospechas fundadas de querer hacerlo; interrogar al detenido, examinar los testigos y peritos, proceder á visitas domiciliarias, ocupar el cuerpo del delito, documentos, etc., etc.; conceder la libertad á los arrestados cuando de los interrogatorios formulados é informaciones practicadas se saque el convencimiento de que procede la libertad.

Muy impropio nos parece de la justicia penal, cuya imparcialidad debe ser insospechable, poner en manos de una de las partes en contienda tan peligrosa el haz de pruebas sin control, que ha de ser el fundamento del juicio.

Poner á discresión del acusador público la preparación de la prueba del delito y de sus factores, sería consagrar el más cruento y terrible despotismo que se ejercería en nombre del interés social con negación del interés individual que el Estado debe tutelar.

Haciendo abstracción de que para llenar sus numerosos cometidos

faltaría tiempo á los representantes del Ministerio Público, es innegable que arrastrados por su celo en defensa de la sociedad, celo que suele degenerar en prurito de amor propio, sugetarían á su exclusiva merced la suerte, el porvenir de los desgraciados reos.

En lo civil, es atributo de los jueces examinar testigos, recibir todas las pruebas, hacerse como el depositario de ellas, el depositario incorruptible ante el cual deponen su entera confianza los litigantes. ¿Cómo quiere esto hacerse de modo tan distinto, tratándose no ya de intereses materiales sino de intereses morales tan respetables como el derecho al honor, á la libertad y á la vida?

Pero, tal cual es el derecho de la sociedad para asegurarse la prueba del delito y de las responsabilidades que apareja, tal es el del inculpado para demostrar su inocencia ó la levedad de su culpa.

¿Por qué ha de caber entonces que tenga predominio sobre la prueba, sobre el cuerpo del delito, el representante de la sociedad y no el individuo denunciado? ¿Qué importante garantía ofrece el primero al segundo, de no adulterar las cosas en detrimento suyo?

Es innegable que siendo como es la humanidad, pueden haber del lado del acusador público, que es hombre falible al fin, con sentimientos, pasiones y emulaciones, esas prevenciones y parcialidades más chocantes que indisculpables. Hay que conjurarlas, manteniendo en todo momento entre él y el inculpado una autoridad controladora, moderadora, reguladora del derecho y de la equidad.

Creemos necesario que los Juzgados de Instrucción sean unipersonales, desempeñados con independencia, sean cargos inamovibles; estén servidos por personas que reunan condiciones de idoneidad, probidad y honestidad; que su arraigo en el lugar de su empleo sea garantía de sus responsabilidades.

No queremos, porque conceptuamos impropio de las funciones de instructor, que el Presidente de ningún Tribunal, ni cualquiera de sus otros miembros, ni los Jueces del plenario, ni los agentes del Ministerio Público, sean jueces instructores. Esto sería poco práctico é incompatible. Hay que crear especialidades. Siguiendo prácticamente los ejemplos de la vida que en todas sus manifestaciones se dirige á la especialización, á impulso de las exigencias mismas del progreso ó necesidad del mejoramiento de todas las cosas humanas y sociales.

Por esto es que la inamovilidad de los Jueces de Instrucción se impone necesariamente en toda tentativa de organización judiciaria, y hasta debe tenerse por anticuado el sistema de nombrar y revocar anualmente ó en otros períodos fijos á esos funcionarios, como todavía se estila en algunas legislaciones, como la italiana.

Si es verdad que en el Juez instructor se precisan inteligencia, honradez, buen criterio, sagacidad, experiencia de la vida, golpe de vista rápido y otras dotes que sólo se adquieren y desenvuelven con el

tiempo y el hábito, ¡cuán difícil resultaría encontrar á la vuelta de cada esquina hombres que tan buenas cualidades poseyeran!

Un Juez instructor, dice un avesado jurista, no se crea, se forma.

La misión precaria, arguye Manduca, que hace instable é incierto el oficio, impide que se perfeccione la capacidad por el continuo y largo ejercicio: la instabilidad, la incertidumbre, enervan y aniquilan cualquiera buena voluntad. ¿Cómo podría el Juez instructor apropiarse la experiencia de la cual depende la calma, la seguridad, la solicitud y la buena dirección de sus actos, si la duración de su delegación no se hubiese de prolongar más allá de un año?

Aún en Italia, donde es legal la amovilidad del cargo de instructor, estas razones han aparecido tan poderosas que, de ordinario, ejercen permanentemente los mismos jueces, por confirmación en el cargo durante largos años, á veces hasta diez y seis y aun más.

Consecuente con estas ideas, el artículo 15 de nuestro Proyecto sanciona la inamovilidad en las funciones de Juez de Instrucción, mientras dure su buen comportamiento. Esto mismo consagra el artículo 95 de la Constitución de la República O. del Uruguay con respecto á los miembros letrados de la Alta Corte de Justicia, y el artículo 103 con respecto á los miembros de los Tribunales de Apelaciones. Las leyes y el uso en el país han venido haciendo igual consagración relativamente á los Jueces Letrados Departamentales; han rendido tributo á las verdaderas conveniencias de una excelente organización judicial, que debe reposar siempre en el prestigio y seriedad que da á la institución de los jueces la permanencia basada en la corrección de sus actos. Ninguna otra institución reclama mayormente ese prestigio, del cual hablaron bien alto los constituyentes uruguayos, como que querían afianzarlo para todos los tiempos.

La independencia del Juez, expresa Lieber, implica la inamovilidad de su cargo, salvo el caso de ser acusado. No es suficiente rodear al Juez de toda la independencia imaginable; es indispensable que él mismo se haga tan independiente cuanto le sea posible.

Entre nosotros está confiada constitucionalmente á la leyes del país la determinación del modo de nombrar los jueces en general, excepto los Ministros de los Tribunales Superiores de Apelaciones y de la Alta Corte, para cuyo nombramiento la Constitución del Estado establece reglas y facultades.

En la República O. del Uruguay se ha hecho inveterado, además, por ministerio de la ley, que el Tribunal de Apelaciones en Sala Plena designe y tome juramento á los jueces inferiores. El Consejo de Estado, con autoridad legislativa por el decreto de su creación que dió por tierra con el Gobierno institucional que hasta el 10 de Febrero de 1898 regía legítimamente los destinos de la patria, ha legislado haciendo que los Jueces de Paz y Tenientes Alcaldes sean electos por

los Tribunales de Apelaciones reunidos, en vez de serlo directamente por medio del sufragio popular como hasta entonces.

Atentos á la naturaleza íntima de las funciones instructorias, consideramos que el Poder Ejecutivo no debe intervenir ni directa ni indirectamente en el nombramiento de los Jueces de Instrucción. Sobre este particular nadie mejor preparado que las autoridades judiciales de orden superior jerárquico, que además de extraños á un montón de intereses y preocupaciones, casi todas políticas, son más sabedoras de las cualidades del que ha de ser electo Juez instructor.

Análoga argumentación debe hacerse para refutar la doctrina de los que sostienen que las Asambleas Legislativas, ó cualquiera de las Altas Cámaras en que se dividen, pueden hacer la elección. Ni se da por este medio mayor popularidad á la institución, porque derivando del Poder Judicial es igualmente obra ó delegación de la Soberanía Nacional, ni se le da mayor lustre. Por el contrario, estaría ligada á los frecuentes vaivenes de la política militante, cuando debiera inspirarse en los supremos intereses de la justicia arraigada en los inmutables principios del derecho. Lord Brougham se oponía á que los jueces pudiesen ser miembros de legislaturas, para evitar la influencia que pudieran tener sobre ellos sus electores.

Siendo los Jueces de Instrucción parte del Poder Judicial, hay una razón de más para que su nombramiento no dependa de otro poder en la división de poderes que constituyen la forma democrática del gobierno nacional.

No se concibe la coexistencia de poderes con la dependencia de unos respecto de los otros. El ascendiente moral que el Ejecutivo como el Legislativo pudieran ejercer sobre los Jueces de Instrucción, si les nombrasen, sería inmenso. Mucho riesgo se correría de hacer de tan digno sistema todo un instrumento de despotismo político. El señor Don Antonio E. Vigil argüía á favor de la doctrina que sustentamos, en la sesión de la Cámara de Representantes de la República O. del Uruguay celebrada el 23 de Mayo de 1896, y decía con estas ó parecidas palabras: si se le quitase al Poder Judicial la facultad de elegir los Jueces de Instrucción, dejaría de ser Poder, porque aquella es la más inminente, quizás la más importante en la composición del cuerpo judiciario.

«El Juez instructor debe hallarse en condiciones de poder tener con «mano firme, la balanza de la justicia entre la acusación y la defensa, «de poder tener igual solicitud por los intereses de la sociedad y por «los intereses de los acusados,» exclama Manduca. Sólo así estará á la altura de su destino; y consciente poseedor de sus atributos y prerrogativas jurisdiccionales, con la conciencia segura de su alta posición podrá contrarrestar el maladado embate de las autoridades extrañas, y mirar con fría calma los acontecimientos sobre los cuales está llamado legalmente á intervenir.

Si el legislador consulta como debe la aplicación de los principios, si se alecciona en la escuela del tiempo, tendrá por verdad inconcusa, que entre nosotros, la facultad que ha tenido el Poder Judicial para integrarse por sí mismo en la provisión de los juzgados, ha sido en general de proficuas y honrosas resultancias.

Habría serio peligro en desdeñar esta experiencia y detenernos en el camino del bien social para ensayar otros usos de dudosa bondad y eficacia.

En el afan que justamente nos impide á proveer en el sentido de que la instrucción sumaria esté rápidamente atendida, como es de suma utilidad, proyectamos la creación de Jueces instructores seccionales, es decir, de uno por sección judicial de la República. Evidentemente que de este modo se logrará tener cerca de la justicia, á la mano, el lugar del delito y el delincuente, siendo tan fácil como breve la posesión ó aprehensión del cuerpo del delito y de sus autores.

La función instructoria dividida de tal manera entre muchos jueces, retardará menos la conclusión de los sumarios, ó sea el conocimiento de los hechos y de los individuos en ellos comprometidos. La vindicta pública se pondrá en vías de una pronta y oportuna realización. No tan lejos del crímen seguirá el escarmiento.

A este importante fin, como al de la regularidad y laboriosidad en el cumplimiento de las diligencias respectivas, concurre la prohibición del número 7.º del artículo 14 del Proyecto, de que los Jueces de Instrucción ejerzan otro empleo público, que quizás afectara también su independencia.

Al mismo propósito, el artículo 19 y otros del Proyecto ponen á su disposición la fuerza pública, especialmente la policial, por si su concurso es reclamado por las circunstancias.

Establecerán una oficina en el centro de su sección, siendo posible, que estará abierta los días hábiles desde las ocho de la mañana hasta la entrada del sol; salvo, se entiende, que en ciertos casos el Juez habilite días festivos y horas, como deberá suceder en los graves y urgentes.

Además de tener opción á honorarios por diligencias, según arancel que formulará el Tribunal Pleno (artículo 22), el Estado los presupuestará prudencialmente. Un promedio de 30 pesos, como sueldo mensual, no gravaría excesivamente el erario. Para esta como para cualquiera reforma judiciaria, el elemento económico es el que debe preocupar menos la atención de los estadistas y legisladores. Sería preciso que dejase de ser, de una vez, un inconveniente, que se ha alzado contra toda iniciativa ventajosa y laudable respecto de la organización de nuestros tribunales de justicia, esterilizándolas al nacer.

Cuanto más diere el erario para la holgada sustentación de la magistratura, esta ofrecería mayores garantías de probidad. Proveyendo el

Estado á las naturales necesidades pecuniarias de los jueces, estos no tendrían por qué preocuparse de otra cosa que del mejor desempeño de sus funciones oficiales; no habría riesgo de que la indigencia pueda torturar su honradez y su conciencia. Si el Juez ha de ser independiente, diremos con un célebre publicista, debe ser su remuneración suficiente para ponerlo á cubierto de toda necesidad primordial y sus consecuencias, y para estimular á aceptar el cargo á los mejores talentos. En toda comunidad bien organizada, asentimos con Lieber, un puesto en la judicatura debe ser siempre la última y más alta aspiración del abogado; el sueldo debe ser fijo y no depender de contingencias especiales, ni tampoco, directamente á lo menos, de aquellos á quienes juzga.

No se requerirá indispensablemente la calidad de *letrado* para el desempeño de los Juzgados de Instrucción. Habiéndolos, que acepten el cargo, deberán ser preferidos; están, presumiblemente, más preparados que los legos y profanos en la ciencia de las leyes.

Jueces de Instrucción inteligentes, con perfecta ciencia legal, espíritu sagaz, criterio clarovidente, estudio filosófico del hombre, sus pasiones é impulsos y sus flaquezas; con conocimientos sociológicos, experiencia de la vida, mirada perspicaz y gran contracción al oficio; serían el ideal de esa noble y severa institución, como quiera que son la aspiración suprema de la ciencia procesal contemporánea.

A ese ideal debemos acercarnos; á él debemos encaminar nuestras reformas del presente y del porvenir, mediante la educación é ilustración completa de nuestra querida patria.

Con orgullo podemos afirmar que este ideal es ya casi una realidad en el foro de Montevideo. ¿Cuánto correrán los años antes de obtener igual beneficio para la campaña? Entretanto esto no acaece, resignémonos con el empleo de nuestros medios disponibles, que, aunque defectuosos, distan mucho de ser ineficaces.

TITULO V

CAPÍTULO UNICO

De las denuncias

Artículo 23. El procedimiento penál ordinario se iniciará: por denuncia del particular agraviado por el hecho

punible, ó del representante del Ministerio Público, ó de un Juez, ó de un tercero, ó de la policía, y de oficio, según los casos.

Es natural que á fin de iniciarse el procedimiento legal por razón de delito ó falta, corresponde que el juez competente tenga noticia de tales; que la haya adquirido por sí ó en virtud de manifestación autorizada de tercera persona. Rara vez el magistrado es testigo de esos hechos, que comunmente ocurren fuera del alcance de sus sentidos, porque es notorio que se efectúan de ordinario donde quiera que la impunidad es posible; el delincuente procura la clandestinidad, prefiere las tinieblas á la luz, la soledad á la reunión de las gentes, para poder huir mejor y cegar fácilmente la acción de la justicia que de otro modo los alcanzaría y abrumaría pronto y eficazmente. Los casos que acusan mayor ferocidad en el criminal, mayor perversión, son por lo común los más ocultos.

Luego, la iniciación oficiosa, espontánea, de los sumarios, casi nunca tiene lugar y por consiguiente, el ejercicio de la vindicta pública debe necesariamente valerse con frecuencia de la delación ó denuncia del delito ó falta, hecha por quien quiera que fuese la víctima ó testigo, siempre que sus condiciones morales y legales le hagan merecer el concepto de ser veraz.

La ley, si bien ha confiado á los funcionarios judiciales principalmente el ejercicio y desarrollo de la acción penal en las causas graves de delito ó respecto de ciertas faltas, para infundirles el espíritu de una imparcialidad máxima, que sea verdaderamente conforme á los intereses morales de la sociedad y á la dignidad de la justicia, esto no ha podido impedir que individuos privados tengan y deban tener acceso ante la magistratura, para administrarla útiles noticias á propósito de un crimen ó de una falta, sin las cuales los agentes del Ministerio Público no podrían talvez desplegar sus atribuciones legales.

Filangieri, entre otros autores, ha reprobado este medio, por el motivo de que el denunciante, á diferencia del acusador, siendo del todo extraño al procedimiento, puede, el malvado, con criminal audacia, turbar el reposo del personaje más honesto, difundiéndose entre todos los ciudadanos, en el pueblo, la más profunda desconfianza sobre que se vive en medio de una turba de delatores siempre armados de la maledicencia, por lo que no será ese el medio de afianzar la tranquilidad pública.

Sin duda, Filangieri critica la delación irresponsable.

La delación, si fué el azote de las familias y del Estado bajo los Emperadores, en Roma, se debió, precisamente á su irresponsabilidad y al

vergonzoso comercio que de ella se hizo al precio de la confianza del déspota y de corruptoras dádivas.

Por otra parte, la inmediata intervención del Ministerio Público, y de jueces aptos y de acrisolada rectitud, por mala que sea la intención de la denuncia privada, desvanecerá sus efectos perniciosos, abriendo las puertas de la más pronta reparación y sanción penal contra el infame calumniador.

Art. 24. El que presenciare la perpetración de cualquier delito ó falta pública estará obligado á ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de Instrucción, de la autoridad policial, ó del Juez ordinario competente para entender en él, que esté más próximo al sitio del suceso, bajo la multa de cinco á cien pesos ó prisión equivalente si no lo hiciere.

Conc.: art. 259 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 30 del Cód. de I. Crim. Francés—art. 24 de la Ley de Proc. Crim. Boliviana.

Como no es conveniente del punto de vista del interés social, que la acción judiciaria se pierda por el secreto que guarden los particulares, de hechos punibles que hayan presenciado, estando como está interesada la sociedad en el fin de la justicia, que es la consolidación del bienestar general, la soberanía del derecho violada por el delito ó la falta, hemos optado por este sistema de imponer la obligación de denunciar esos hechos. Hasta ahora, por el régimen del artículo 174 del Código de Instrucción Criminal de la República O. del Uruguay, es facultativo de los testigos presenciales de los delitos que dan lugar á la acción pública, el denunciarlos. Repetimos que no es útil librar á la negligencia ó indiferencia de los particulares aquello que más hondamente interesa el orden común. cual es la averiguación de las transgresiones de la ley penal.

Por otra parte, los individuos han de darse cuenta de que prestando en esta forma su concurso á la sociedad para la represión y castigo de los crímenes, contribuyen á fomentar las seguridades de sus derechos personales, porque de ese modo la tutela social puede ser real y mayormente activa.

La denuncia, cuando parte de un sentimiento de derecho, dice Ortolán, y tiene por único propósito el que se haga justicia y se castigue algún mal hecho, es un acto laudable; es el cumplimiento de un deber social.

Siendo de tanta importancia como es la denuncia, bueno será despo

jarla de ese algo de odiosidad que la acompaña si resulta de la oficiosidad de los hombres y no de un mandato de la ley tanto más rígido cuanto que su desobediencia da mérito á un castigo correccional, como el que, en armonía con lo establecido en algunas legislaciones modernas, consignamos en el artículo en cuestión.

Por sensatez se podrá creer, mediante esta sugesión á corrección, que un denunciante no obra por animosidad, por el deseo de dañar una reputación; sino que ya habrá de suponerse que obra á impulso del deber moral y legal á la vez, de poner en manos de los jueces un dato indispensable para la apertura de un proceso, persuadido y temeroso de grave responsabilidad.

El deber de que hablamos no puede ir más allá de los hechos que dan base á procedimiento de oficio, pues nadie debe considerarse obligado ni ha de ser compelido á denunciar hechos de interés privado y que directamente no atañen á la sociedad en cuyo nombre se impone aquel deber.

Toda denuncia en lo penal debe hacerse inmediatamente de presenciado el hecho denunciable, ante el Juez de Instrucción, ó ante la autoridad policial, ó el Juez ordinario competente, es decir, que tenga jurisdicción en plenario sobre ese hecho y sus autores, que esté más próximo al lugar del suceso.

Lo más correcto sería que en todos los casos se hiciese ante el Juez de Instrucción jurisdiccional; pero como esto podría importar no un simple deber sino un sacrificio para el denunciante, porque estaría obligado á trasladarse á gran distancia y por tanto á emplear tiempo y distraerse largamente de sus ocupaciones habituales, se le exonera de él, imponiéndosele en cambio que denuncie ante otras autoridades más cercanas, como puede serlo el Juez de lo Correccional-Penitenciario en campaña y el de lo Correccional ó el de lo Penintenciario en Montevideo, según la gravedad de los sucesos.

Art. 25. La obligación establecida en el artículo anterior no comprende á los individuos que por este Código no pueden ser testigos.

Las denuncias deben ser manifestaciones de la verdad, fidedignas, para constituir la prueba ó semiplena prueba en la apertura de cada juicio.

Desde que ellas arrojan la primera sospecha de criminalidad sobre un individuo, sería tan injusto como inmoral que se permitiese á otros sujetos arrojarla, sin discernimiento, moralidad é imparcialidad. Deben precaverse las delaciones culpables provenientes de esos defectos de

idoneidad, que á más de desdoro producirían las consiguientes molestias de un procedimiento tal vez inútil, y todo ello sin que en algunos casos se pudiera hacer efectivas las responsabilidades de denuncia falsa, como si por ejemplo, la hiciere un demente.

Los denunciantes han de reunir los caracteres de un testigo hábil; la obligación de denunciar no ha de recaer en quienes no los poseen; sería absurdo establecer semejante obligación apartándose la ley de principios fundamentales en que reposa la prueba testimonial.

Art. 26. Solo se aceptará la denuncia del cónyuge del delincuente, de los ascendientes ó descendientes consanguíneos hasta el cuarto grado ó afines hasta el segundo inclusive, y sus colaterales consanguíneos, uterinos, ó afines hasta el segundo grado también inclusive y la de los hijos naturales respecto de la madre y del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la de la madre y del padre en iguales casos, cuando sean víctimas del hecho punible los denunciantes, ó un pariente más próximo que el denunciado.

Conc.: arts. 174 y 175 del Cód. de I. Crim. de la R. O. del Uruguay—art. 163 del Cód. de P. Crim. Argentino — art. 109 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

La sociedad ama y aprecia vivamente como cosa propia los vínculos de la familia que le dan solidez y la constituyen, y por tanto, considera de su interés que no sean quebrantados mediante una imposición ó una permisión de la ley, como lo sería si se impusiese también la obligación de denunciar los hijos á los padres, los padres á los hijos, los hermanos á los hermanos y los cónyuges á los cónyuges, por delitos ó faltas que hubiesen cometido y que no les afectasen personalmente.

Deben respetarse los sentimientos de familia, que son sagrados; fuera criminal contrariarlos. Sería también casi criminal, dejar una válvula abierta á esas denuncias, que darían un mal ejemplo de perversidad. La ley tiene por misión robustecer los lazos de la sangre y del amor.

Pero de la ruptura de toda vinculación de familia por el crimen mismo, nace la excepción de denunciar y de recibir la denuncia contra los parientes que delinquen, cuando los denunciantes son sus víctimas. Es entonces que cuando aparece la denuncia no existe el vínculo de la familia, puesto que el atentado lo quebrantó de antemano.

No es justo que la ley equipare los vínculos que nacen de uniones ilegítimas con los que originan uniones legítimas; para éstos debe ser

la mayor y más eficaz protección con relación á aquéllos. La familia debe forzosa y racionalmente cimentarse en la ley moral para ser digna de las preferencias y honores de las leyes positivas.

Art. 27. Los que por razón de sus cargos, profesiones ú oficios tuvieren noticia de algún delito público ó falta pública, estarán obligados á denunciarlos en seguida al Fiscal de lo Penal ó al Juez de Instrucción competente, ó al funcionario de policía más próximo al sitio del suceso.

Conc.: art. 29 del C. de I. Crim. Francés,—art. 262 de la Ley de Enj. Crim. Española,—artos. 164 y 165 del Cód. de I. Crim. Argentino,—artos. 101 y 103 del Cód. de Proc. Penal Italiano,—art. 23 del Cód. de Proc. Crim. Boliviano,—art. 110 del Cód. de Proc. Penales Paraguayo.

Art. 28. Los indicados en el artículo anterior que no cumplieren esta obligación incurrirán en multa de diez á doscientos pesos, según la gravedad del caso.

Y si el que hubiere incurrido en la omisión fuera empleado de la Administración, se pondrá además aquélla en conocimiento del Superior administrativo más inmediato, á los efectos disciplinarios que hubieren lugar.

Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad especial con arreglo á las leyes.

Conc.: art. 262 de la Ley de Enj. Crim. Española,—art. 164 del Cód. de P. Crim. Argentino.

Art. 29. La obligación impuesta en el artículo 27, no comprenderá á los Eclesiásticos, á los Abogados ni á los Procuradores, respecto de las confesiones, instrucciones ó explicaciones que recibieren de sus feligreses y clientes.

Conc.: art. 263 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Trátase, en estos artículos, de la obligación de denunciar los delitos inherentes á los cargos, profesiones ú oficios que ciertas personas desempeñan. No se enumeran; por lo que se ha de entender que se comprende á todos.

Para que esta clase de denuncia se verifique, como ella surge del

conocimiento pericial que presumiblemente deben tener los denunciantes para los cuales se observe un defecto ó una omisión culpable, ó se constate un acto delictuoso del sujeto sobre el cual y en cuyas funciones tienen puestos sus cuidados, no es indispensable que presencien la consumación del delito ó de la falta. Su convencimiento puede provenir del examen de las cosas ó personas. Es la ciencia de los fenómenos físicos y patológicos del crimen ó del delito, lo que entonces la ley toma como base de sus inducciones y el Juez como base del proceso en la denuncia.

Como los demás denunciantes, estos de que ahora tratamos deben cumplir su obligación de denunciar inmediatamente de apercibirse de la criminalidad de los hechos ó fenómenos presentados á su observación; y deben hacerla al Juez ordinario que fuere competente para su conocimiento, ya sea en sumario ó en plenario, al que esté más inmediato, ó al funcionario de policía más próximo, que ejerza autoridad dispositiva.

Además, si el que hubiere incurrido en falta ó delito fuese empleado de la administración del Estado, conviene que se le denuncie ante el Superior jerárquico que deba proveer á la suspensión y tome otras medidas de seguridad que correspondan á las funciones que el denunciado desempeñaba, para que así, de este modo, no sufra dicha administración ningún perjuicio ni entorpecimiento en su marcha regular.

Respecto de los médicos, las leyes nacionales tienen establecida la obligación de denunciar á la autoridad competente los casos de muerte violenta que llegaren á conocer.

Ha sido en general muy discutido si tienen ó no derecho á guardar el secreto profesional. Creemos que no cabe duda que en cuanto se refiere tan sólo á la moralidad de los hechos ó fenómenos que se confían á su asistencia, el secreto debe ser absoluto; pero allí donde, á parte de esa moralidad hay los rastros de un delito, el secreto no debe existir, porque sobre la confianza que el médico debe inspirar á su cliente, está el interés colectivo, en pugna con el individual.

El médico, como tal, sólo está obligado á hacer denuncias derivadas de sus propias convicciones científicas acerca de los hechos, las cosas y personas que constituyen el cuerpo del delito. Lo demás debe ser materia de examen y averiguaciones de la autoridad á cuyo cargo se halla la instrucción del sumario respectivo.

Por su misión profesional no está llamado á mayores ó diferentes investigaciones. Su misión es curar, salvar al enfermo, á la víctima del atentado que se presume. Los autores de este último son objeto de otras investigaciones de distinta procedencia y distinto objeto.

En el artículo 28, primera parte, establecemos una pena de *diez á doscientos pesos,* según la gravedad del caso, para aquellos que estando en obligación de denunciar, por razón de sus cargos, profesión ú oficio, no lo hicieren.

Se confiere á los jueces competentes un poder discresional y de apreciación de esos casos.

No hemos querido especializarnos con los médicos, farmacéuticos y otros peritos, como lo hace la legislación española, por ejemplo, señalándoles pena mayor, no obstante creer, como sus autores, que la omisión penada es de suma gravedad, atento á la gran importancia, extrema importancia y trascendencia de los informes ó testimonios de las autoridades científicas acerca de delitos contra las personas, ó por suposición de parto, ó por muerte de un menor abandonado, etc., etc. Pueden muy bien los jueces graduar la pena dentro del mínimum y el máximum que dejamos consignados. Por ella se tendrá una sanción contra los infractores de tan útil obligación, y éstos tendrán un motivo más que aminore ó anule la odiosidad de sus denuncias.

Con relación á la misma obligación proyectamos en el artículo 29 la exención de denuncia á favor de los abogados y procuradores, y también á favor de los eclesiásticos. A los primeros, por motivo de sus defensas, que son incompatibles con la delación. A los últimos, porque en su sagrado ministerio ofician en nombre de Dios, por quien escuchan la confesión de los pecados del mundo y tienen poder de perdonar á los que contritos y con el propósito de la enmienda, caen de hinojos á sus pies y considéranle el representante de Cristo en el augusto sacramento de la penitencia.

Estas mismas exenciones están estatuídas en el artículo 263 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España. Comentándolas, dice la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», de don Emilio Reus: que se inspiran, en cuanto á los abogados y procuradores, en el derecho de protección y defensa que el delincuente ha de encontrar en ellos; derecho que sería ilusorio sin libertad para ejercerlo; y en cuanto á los sacerdotes católicos y ministros de cultos disidentes, en la obediencia que éstos prestan á las sagradas leyes de la Iglesia á que pertenecen y en el respeto que los Poderes Eclesiástico y Civil deben guardarse mútuamente.

Art. 30. Las denuncias podrán hacerse por escrito ó de palabra, personalmente ó por medio de mandatario con poder especial.

Conc.: art. 182 del Cód. de I. Crim. de la R. O. del Uruguay,—art. 265 de la Ley de Enj. Crim. Española,—art. 157 del Cód. de P. Crim. Argentino—, art. 100 del Cód. de P. Penal Italiano,—art. 25 del Cód. de Proc. Crim. Boliviano art. 10 del Cód. de P. Penales Paraguayo y 106 de ídem.

Art. 31. La denuncia que se hiciere por escrito deberá estar firmada por el denunciador, y si no pudiera hacerlo,

por otra persona á su ruego, debiendo certificar esta última circunstancia el funcionario receptor, previa ratificación de la denuncia.

Conc.: art.—182 del Cód. de P. Crim. de la R. O. del Uruguay—art. 266 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 158 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 100 del Cód. de P. Penal Italiano—art. 25 del Cód. de P. Crim. Boliviano—art. 103 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Art. 32. Toda denuncia escrita será rubricada y sellada en todas sus fojas por la autoridad receptora á presencia del que la presente.

Conc.: art.266 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 158 del C. de P. Crim. Argentino—art. 103 del Cód de P. Penales Paraguayo—art. 25 del Cód. de P. Crim. Boliviano.

Art. 33. Cuando la denuncia sea verbal, se extenderá un acta por la autoridad ó funcionario que la recibiere, en la que, en forma de declaración, se expresarán cuantas noticias tenga el denunciante relativas al hecho denunciado y á sus circunstancias, firmándola ambos á continuación. Si el denunciante no pudiera firmar, lo hará otra persona á su ruego, con expresión de esta circunstancia.

Conc.: art. 269 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 159 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 104 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Art. 34. El Juez, Tribunal, autoridad ó funcionario que recibiere una denuncia verbal ó escrita, hará constar por los medios que repute suficientes la identidad de la persona denunciadora.

Si ésta lo exigiere, le dará un resguardo de haber formalizado la denuncia.

Conc.: art. 262 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 160 del Cód. de P. Crim. Argentino y 162 de ídem—art. 105 del C. de P. Penales Paraguayo.

Art. 35. Toda denuncia deberá expresar concretamente y con claridad, en lo posible: el lugar y la fecha de su presentación, el nombre y calidades (edad, estado, profesión,

domicilio) del denunciante; así también las personas, las cosas, los hechos y las circunstancias que constituyan el cuerpo del delito ó de la falta.

Si se conocen los autores, cómplices ó encubridores del hecho punible, se mencionarán indicándose su paradero, sus relaciones de familia, su profesión ú oficio y sus rasgos fisonómicos.

Cada denuncia expresará, también en lo posible, quienes fueron testigos presenciales del hecho punible; expresará además y siempre la razón de sus afirmaciones.

Conc.: art. 156 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 99 del Cód. de P. Penal Italiano—art. 101 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Estas disposiciones determinan la forma como se han de hacer las denuncias, los requisitos que han de reunir para que sean prenda de fidelidad y garantía de veracidad. Son los más importantes, los fundamentales; toca á los jueces completarlos con otros elementos de convicción para el mayor éxito de la averiguación de los delitos ó faltas y de sus autores, cómplices y encubridores.

Como se verá en ellas, se desecha el sistema de denuncias anónimas. En esto seguimos y sostenemos el implantado desde antes en nuestra legislación procesal (artículo 177 del Código de I. Criminal y sus correlativos), porque á nuestro juicio, toda denuncia debe ser responsable; el anónimo excluye toda responsabilidad. Las denuncias anónimas, por razón de su impunidad, serían constantemente una amenaza para la tranquilidad y el honor privado.

Algunas legislaciones antiguas, como se denota en la Novísima Recopilación Española, han sido tan severas en cuanto á denuncias se refiriese, que han exigido al denunciante la prueba de sus manifestaciones; han repudiado, pues, el anónimo, declarando la responsabilidad de toda delación en lo criminal.

Febrero sostiene, y con él hasta el sentido común del más lego, que hay que evitar por todos los medios las falsas delaciones.

Estas son inevitables con la tolerancia del anónimo.

El ignorado denunciador tendrá contra sí, siempre, la sospecha de una malsana intención é innobles propósitos.

La denuncia franca, personal, podrá ser en un principio, á pesar de ser el cumplimiento de una obligación ineludible, pasible de temores y escrúpulos más ó menos justificables; pero, con el hábito, hallarán los individuos, que ellas si son inspiradas por la ley y el bien público,

contribuirán á la estabilidad del derecho social y del propio y merecerán el aplauso de los espíritus desapasionados y juiciosos.

Art. 36. Nadie que no sea el ofendido ó su representante legal podrá denunciar los delitos ó las faltas que atañen al honor, como ser las injurias, las calumnias, los ultrajes al pudor, el adulterio, el rapto.

Art. 37. Siempre que en ocasión de los delitos ó de las faltas señaladas en el artículo anterior aparezcan lesiones ó heridas graves ó la muerte, así como respecto de los otros delitos y de las otras faltas, y siempre que los delitos de violación, ultraje al pudor, injurias y rapto se consuman en impúberes sin padres ni tutores, ó incapaces sin curador, podrá tener lugar la denuncia de tercero, de la policía, de los agentes del Ministerio Público y de los Jueces á otros Jueces.

En general, puede establecerse que no corresponde denuncia de persona que no sea la víctima, por los delitos y faltas que se mencionan en el artículo 36, cuando sólo procede querella privada según nuestro Código Penal. La sociedad no puede tener más interés en *denunciar* que en *acusar* los delitos y faltas de esta especie.

Este interés se manifiesta claramente en aquellos casos en que á tales faltas ó delitos acompañan los que por su naturaleza aparejan acción pública. Entonces debe ser permitida la denuncia de terceros, del Ministerio Público, de otros jueces, como en la universalidad de los casos. También debe serlo cuando las víctimas de violación, ultraje al pudor y rapto, son impúberes sin padres, ni tutor ni curador ó absolutamente incapaces. La sociedad y la ley deben especial amparo á los desgraciados y desvalidos; con relación á ella, el derecho de asistencia es incuestionable, reposa sobre una razón moral de primera fila.

Si se limita el derecho de denunciar estos delitos y faltas al agraviado ó á sus representantes legítimos, es porque lo mismo que respecto de la acusación, se han tenido consideraciones morales y de decencia pública, pues que del ejercicio de la denuncia y de la acusación en tales casos resultaría mayor escándalo y daño á la fama del damnificado que de ocultarlos, y es obvio que debe librarse al arbitrio del particular agraviado el cuidado de su fama. Pero si éste, por su edad, el abandono en que se encuentra, sin discernimiento ni voluntad bastante,

sin familia, no pudiere cuidarla, aquí la sociedad suple entonces con sus más nobles oficios; autorizando á otros de sus miembros ó á funcionarios especialmente indicados, lleva su voz ante el sagrario de la justicia en defensa, protección y reparación del honor violado.

Art. 38. Los Jueces desecharán cualquier denuncia hecha por tercero que no tenga las cualidades á que se refieren los artículos 31 á 35.

Siendo las cualidades que se expresan las que imprimen autenticidad á las denuncias y establecen responsabilidades de parte de los denunciantes y de las autoridades receptoras de las denuncias, son imprescindibles. Las formalidades se requieren para que las denuncias sean serias y fidedignas. Si no lo son, hay que ahorrar á los jueces trabajo inútil y salvar á la sociedad y á cada uno de sus miembros de imputaciones tan improbables como odiosas, desdorosas y falsas, que fomentaría una menor rigurosidad de la ley.

Art. 39. Son indenunciables los delitos ó las faltas cometidas en medio de las circustancias eximentes de responsabilidad enumeradas en el Código Penal.

Tampoco puede ser denunciado nadie como factor de delito, ó falta, que ha pasado en autoridad de cosa juzgada ó que ha sido prescripto ó prescripta respectivamente, así como la acción correspondiente.

Los Jueces rechazarán de oficio las denuncias en los casos referidos en los dos incisos precedentes.

Precisamente por que la sociedad no castiga ni debe castigar por delitos cometidos en medio á las circunstancias eximentes de responsabilidad enumeradas en el Código Penal, es que deben ser indenunciables esos delitos.

Se supone aquí que tales circunstancias son notorias; porque si no lo son, podrían los jueces, con el conocimiento del asunto y sus pormenores, descubrir la irresponsabilidad resultante de circunstancias ignotas. Todo esto tiende á evitar, en lo posible, un enjuiciamiento que ocupe lugar y tiempo á los magistrados y al acusador, perjudique la libertad del reo, su fortuna y honor, cuando legalmente es digno de absolución de culpa y pena. El enjuiciamiento en esas condiciones

es de efectos desastrosos; los jueces y acusadores públicos se resienten de mayor tarea y el reo sufre moral y físicamente sin que la sociedad gane en lo más mínimo.

Lo mismo puede decirse cuando el delito ó falta han pasado en autoridad de cosa juzgada, esto es, han sido objeto de un juicio concluído, y cuando han sido prescriptos, así como tambien la acción que de ellos proviniese. En el primer caso, fuera inmoral y un agravio volver sobre lo mismo; en los últimos, se presume rehabilitado al reo de delito; cuenta de antemano la absolución social; de pleno derecho ha conquistado la más absoluta consideración personal de parte de todos; se reputa que los efectos del delito se extinguieron con el tiempo y que la utilidad y justicia de la pena pasaron.

Es por estas razones que preceptuamos que los jueces rechazarán de oficio las denuncias que se hicieren en tales supuestos.

Art. 40. Todas las denuncias que contra un mismo agente de delito ó falta y con relación á un mismo delito ó á una misma falta se hagan, se acumularán en expediente único antes de pasar la causa á estado de sentencia.

Es porque todas estas denuncias deben ser compulsadas y constituyen los elementos de prueba que han de acumularse necesariamente para mejor inteligencia y comprobación de los hechos que componen un mismo delito ó falta y para averiguación y convicción de los autores, cómplices y encubridores, si los hubiese.

Así como toda prueba debe ser agregada á los autos, es lógico que siendo las denuncias parte de esas pruebas, se agreguen á la misma pieza ó expediente, antes de pasar la causa á estado de sentencia, para que sean vistas por el juez.

Art. 41. Los terceros denunciantes deberán afianzar ó dar prenda ó hipoteca por sus dichos si se exigiere por los Jueces.

La fianza, prenda ó hipoteca responderá de los daños y perjuicios, costas y costos que la denuncia falsa ó calumniosa causare, sin perjuicio de las demás responsabilidades.

Tanto la fianza como la prenda y la hipoteca se otorgarán en los autos, extendiéndose con expresión de todas sus circunstancias y firmándola los otorgantes con el Escribano

Actuario ó con el Juez y testigos en su defecto. Esta diligencia surtirá efectos de escritura pública y si es hipoteca deberá registrarse sin dilación.

Hemos dicho que, ante todo, las denuncias han de ser responsables; pero, es preciso que la responsabilidad que ellas aparejen se haga efectiva, no sea ilusoria por falta de sanción positiva.

A este respecto, las leyes españolas han sido severísimas, mientras no prescribieron la obligación de denunciar. Entonces, cuando las personas podían denunciar sin coerción, por acto libre y expontáneo, naturalmente, las leyes debían mayores garantías al denunciado y debían exigirlas de parte del denunciador. Y así establecían la prestación de fianza como indispensable para que dieran curso los Consejos, Tribunales, Cancillerías, Audiencias, etc., á las denuncias sobre lo criminal, fuere quien fuere el denunciante. La Ley VII, Tít. XXXIII, Libro XII de la Nov. Rec., decía: «*no se admitan memoriales* (delaciones) *que no se den firmados de personas conocidas, y entregándolos la misma parte personalmente ó por virtud de su poder, obligándose y dando fianza el primero y ante todas cosas á probar y averiguar lo en ellos contenido; so pena de las costas que de sus averiguaciones se causaren, y de quedar expuesta á la pena, que en falta de verificarlo, se le impusiere, quedando esta á la disposición y arbitrio del Juez que de la causa conociera.*

Dentro del sistema procesal que hemos adoptado, en el que se prescribe la obligación de denunciar, no cabe tamaña severidad. Ya no es la denuncia un acto libre, expontáneo, de que pueda invariablemente inferirse mala fé. Por ello es que creemos más conveniente que, segun los casos, los jueces exijan ó no fianza al denunciador; y porque además, exigirla siempre, si no aparece ó no se presume ser maliciosa la denuncia, seria hacer poco menos que impracticable el objeto que la justicia debe perseguir por su medio.

Los jueces deben tener poder discrecional para imponer fianza ó eximir de su prestación, atento á la mayor ó menor gravedad del delito ó falta denunciada y al grado de idoneidad del denunciante. Pueden en defecto de fianza, exigir prenda ó hipoteca. Esta es una forma de facilitar denuncias que no se harían por falta de fiador abonado, difícil de hallar.

Otorgada la fianza, prenda ó hipoteca, si resultase falsa ó calumniosa la denuncia, aquellas responderán de los daños y perjuicios, costas y costos, que se hubieren causado con ocasión del proceso respectivo, sin menoscabo de las acciones penales que correspondan contra el calumniador.

El denunciador simple no contrae obligación que lo ligue al proce-

dimiento judicial; en esto se distingue del acusador ó querellante, que toma voz en el juicio y litiga en nombre y por derecho propio.

Tanto la fianza, como la prenda ó la hipoteca á que nos hemos referido, se otorgarán en los autos, extendiéndose circunstanciadamente y firmándose por todos los otorgantes, el Escribano, ó á falta de éste por el Juez y testigos. Esta diligencia surtirá los efectos de escritura pública, y si es hipoteca, deberá llevarse al Registro competente, sin dilaciones, á sus efectos.

El Código de Instrucción Criminal Uruguayo, si bien concuerda con nuestro Proyecto en la determinación de responsabilidades de los denunciantes (artículos 183 y 185), no establece la necesidad de afianzar ni de dar prenda ó hipoteca.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de España (artículo 264), sigue el mismo camino que nuestra ley actual.

TÍTULO VI

DE LA INSTRUCCIÓN SUMARIA

CAPÍTULO I

Generalidades

Art. 42. Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas á preparar el juicio penal y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos ó faltas, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes ó faltadores, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

Conc.: art. 299 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 178 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 181 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

De otro modo podríamos decir, que: el *sumario* es el conjunto de las actuaciones encaminadas á preparar el juicio penal; practicadas, para averiguar y hacer constar la perpetración de hechos punibles, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la cul-

pabilidad de los delincuentes y para asegurar sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

Así habríamos dado la más exacta definición del *sumario* (*la sumaria*, como estilan decir los autores españoles y la vieja legislación de la madre patria).

Se ha solido llamar al sumario *juicio informativo*; siempre que en él haya contradicción ó contienda entre las partes, el presunto reo y su querellante, como suele acontecer, puede considerarse aplicable esa denominación: pero, como en general los *sumarios* son una simple acumulación de datos que concurren á la comprobación del delito, de sus autores y auxiliares, sin que haya ni pueda promoverse hasta su conclusión ninguna controversia sobre la verdad de esta comprobación y la inocencia ó grado de culpabilidad de los presuntos reos, de ahí que, entonces, esa denominación sea inadecuada. Realmente, en la universalidad de los sumarios no hay juicio sino preparación del juicio en el cual el magistrado ha de ilustrar su criterio oyendo á las partes legítimas discutir sobre la prueba del sumario y la que ofrecieren para reforzar sus argumentaciones, lo mismo que sobre los fundamentos de derecho que invoquen, para dictar un fallo consciente y acertado.

Hay ciertas diligencias y actuaciones que deben ser reservadas hasta cierto punto y determinado estado del proceso, lo que no es propio de ningún *juicio*, en la verdadera acepción de esta palabra, donde debe discutirse cada una y todas sus partes, por lo que los interesados han de tener un conocimiento, jamás denegado, de todos los antecedentes y procedimientos que los informen.

No podemos dar otra definición más clara y precisa del *sumario*, si no es la que en cierto modo da el artículo 299 de la Ley de Enj. Crim. Española, que nosotros reproducimos completándolo; todas las demás que se han dado no precisan tan bien el objeto y los elementos que constituyen esta parte importantísima del procedimiento penal. Lo de *informativos* tiene más lógica aplicación, porque bien mirado, el *sumario* es un cúmulo de informaciones.

Desde luego que de estas informaciones no resulte la prueba del delito, esto es, la evidencia de su perpetración, mientras no se evidencie, pues, el *cuerpo del delito*, y se tenga la semiplena prueba de sus autores y auxiliares, será ilegítimo iniciar acción y acusar á nadie.

Deben llenarse esos requisitos para abrir el juicio plenario, el juicio penal propiamente dicho. Por tanto, el sumario, siendo como es la piedra angular de este juicio, no es otra cosa que su preparación.

Esto no quiere significar que, según proponemos, no resulte del sumario la prueba auténtica del delito y de los delincuentes y que sea necesaria la ratificación en el plenario de la hecha á título de información en el sumario. Todo lo contrario; el sumario perdería toda su importancia y eficacia si no se reconociesen los elementos de prueba que

ofrece, elementos de autenticidad, precisamente cuando son más asequibles. En este sentido no hay que diferenciarla de la que en su corroboración pueda hacerse en plenario, si tanto una como otra van revestidas de solemnidad.

El sumario debe contener fundamentalmente.

1.° La comprobación de un hecho real y efectivo que sea punible, porque ella es el fundamento cardinal del proceso.

2.° La reunión de datos que descubran ó indiquen al delincuente y que en caso de duda identifiquen su persona.

3.° Las diligencias practicadas para su citación, detención, arresto ó prisión y para asegurar las resultas del juicio, porque debiendo el reo responder del hecho imputado con su persona y bienes, es muy justo que ni estos ni aquella queden á su libre disposición.

4.° La declaración indagatoria del inculpado, esto es, la interrogación que á éste se hiciere sobre los hechos y las personas relacionadas con el delito ó falta.

En algunas legislaciones se cuenta entre las diligencias del sumario la confesión del presunto reo, esto es, el acto en que el juez, á presencia del escribano, muestre al inculpado todos los datos que del sumario aparecen contra él, para que verbalmente los explique y desvanezca, ó se disculpe, ó confiese el delito que se le imputa. Pero nosotros optamos porque tan importante diligencia tenga lugar sin los cargos, en la vista pública del proceso, en el plenario; pues entonces estarán agotados todos los medios de prueba que se conocieren relativos al delito y sus autores y podrá juzgarse más acertadamente de la sinceridad de la confesión del procesado.

Art. 43. Cada delito de que deba conocer la autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso.

Conc.: art. 300 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Para cada delito ó falta de que deba conocer la autoridad judicial deberá instruirse un sumario. Esto es obvio, porque, dada su definición, sumario es la base de todo juicio penal.

No será propio de un sumario el conocimiento de varios delitos, de índole diversa, de agentes varios, á fin de que las dificultades que ofrezca la averiguación de los unos no entorpezcan la averiguación de los otros; á fin de que no sean confundidos unos con otros; á fin de simplificar el estudio analítico de los autos respectivos, cuya claridad es y será siempre recomendable.

Si hay delitos conexos, es decir, accesorios, de otros, con los que na-

cieron unidos, ó de los que derivaron, y por consiguiente, forman un detalle ó un conjunto de circunstancias que modifican la gravedad del delito mayor ó principal, entonces, como que la averiguación de éste conduce necesariamente á la de aquéllos ó viceversa, de ahí que puedan todos ser materia de un solo sumario, de un solo expediente. Lejos de causarse confusión y desinteligencia, el procedimiento común facilita la determinación de la verdadera trascendencia del delito mayor, porque reune datos que arrancan de un mismo origen y mantienen entre sí relaciones de causa á efecto.

Art. 44. Las diligencias del sumario serán secretas, con las excepciones determinadas en la presente Ley.

El Abogado ó Procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el secreto del sumario, será corregido con multa de 50 á 500 pesos.

En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta.

El funcionario público, en el caso de los párrafos anteriores, incurrirá en multa de 100 á 500 pesos, en suspensión del cargo ó en destitución, según la gravedad de la infracción del secreto procesal.

Conc.: art. 301 de la Ley de Enj. Crim. Española,—art. 180 del Cód. de P. Crim. Argentino —art. 133 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Actualmente, cuando aún no ha llegado la moralidad social al pináculo, cuando deja mucho que desear en cuanto á universalidad y perfección, tenemos que convenir en que la publicidad en el sumario, como en las demás etapas del enjuiciamiento penal, que en mejores condiciones fuera el ideal realizable, es un obstáculo á la averiguación de la verdad jurídica que debe ser obra de la más incorruptible imparcialidad, del método más frío y rigurosamente seguido. Casi sería impracticable el objeto de la justicia social en el desarrollo instructorio, si el inculpado y sus parientes por la sangre y afines, tuvieran conocimiento, cuando no intervención directa, en el sumario. Es innegable que pesaría constantemente en el ánimo de los testigos la amenaza de todos ellos, que harían tímida su exposición de hechos y pertubarían su conciencia.

Pretender que sin necesidad de guardar *secreto* se puede asegurar el bien social, es como pretender que en caso de guerra una de las partes comunique su plan y todos sus trazas al enemigo. El primero entre los

medios de *defensa* social es el *secreto,* porque quita al contrario el conocimiento de ellos y por consiguiente una de las razones de vencer en la lucha leal.

Pero una cosa es ocultar los ataques, exclama Taparelli, y pelear entre las sombras. Todo secreto que ponga á la inocencia en peligro de padecer la pena, es esencialmente contrario á la justicia.

« Reconocemos, dice Manduca, que el secreto de la instrucción puede producir perniciosas consecuencias á la libertad individual, por integérrimo que sea el magistrado llamado á la muy delicada tarea del descubrimiento de la prueba del delito, pero es necesario igualmente atender á la seguridad social del Estado, que, como el individuo, tiene derecho á su conservación, al equilibrio, en una palabra, al mantenimiento del orden público, sin el cual la vida política y económica del Estado es imposible ».

Debemos esperar que con el correr de los tiempos, ya más docta la sociedad en la ciencia de la ética y de la jurisprudencia, pueda cimentarse en la legislación el sistema de la publicidad absoluta del sumario; pueda desaparecer el secreto que con raras excepciones, una de ellas la legislación inglesa, imponen las legislaciones del mundo civilizado, con mayor ó menor limitación. Y decimos con mayor ó menor limitación, porque, si descontamos Escocia é Irlanda, donde el secreto es absoluto, en los demás países europeos y de América civilizada el secreto es parcial, no existe respecto de algunos puntos del sumario en los que concurre ó puede concurrir el presunto reo y su defensor, poniendo en ejercicio su control, haciendo á veces contradicción por la defensa de sus derechos individuales; teniendo, diremos con un autor italiano, *un embrión* de defensa durante la formación de la prueba escrita y secreta.

Si hemos de juzgar de los resultados de la experiencia sobre la aplicación de los tres sistemas: el de la publicidad absoluta, el del secreto absoluto y el del secreto parcial, tenemos que el mejor es y por tanto el más favorecido y general, el último, decimos del punto de vista positivo, práctico; aunque, repetimos, sea nuestro ideal del futuro el primero de estos sistemas.

Y somos lógicos; lo ha dicho Janka: el derecho penal como las ciencias naturales deben encontrar en la experiencia su verdadero fundamento.

V. Joh afirma que la publicidad de la instrucción haría imposible el descubrimiento de la verdad histórica; las oposiciones y dilaciones paralizarían el trabajo del instructor, quitarían á la instrucción la seguridad y la unidad de su marcha; permitirían al inculpado y sus cómplices no descubiertos, urdir tramas contra el procedimiento, haciendo desaparecer los vestigios del delito, destruyendo los documentos., intimidando y corrompiendo los testigos, presentándolos falsos, hostilizando por todos los medios posibles el movimiento regular de la administración de justicia.

Enemigos del secreto absoluto y convencidos de los graves inconvenientes prácticos de actualidad, de la absoluta publicidad del sumario, optamos por el término medio, es decir, por el sistema mixto ó de publicidad parcial, en cuanto sea dado conciliar los intereses de la vindicta pública con los derechos individuales, en conflicto.

Por regla general el secreto deberá acompañar las primeras diligencias del sumario hasta la captura del presunto reo, pero, en llegando á este punto, se deberá dar á éste conocimiento completo del cargo; y si causas urgentes hiciesen necesaria alguna dilación, la detención debe ser de pura seguridad, sin que por ello se entienda *pena*. Nadie, afirma Taparelli, negará la justicia de este principio; mas, ¡cuánto estudio, cuánta prudencia y eficacia son menester para poner en práctica esta teoría moral!

Según nuestro Proyecto, deberá tenerse por secreto en el sumario, todo aquello en que no fuere autorizada expresamente la intervención ó concurrencia del presunto reo ó de su abogado ó de terceras personas. Tal secreto será inviolable; el que lo revelare incurrirá en pena proporcional á la gravedad de la violación y en consideración á las calidades y relaciones de autoridad del revelador.

Como reputamos más grave la violación de secreto que haga un funcionario público que la que puede hacer un particular, señalamos en la pena correspondiente al primero, un mínimum más elevado que el de la pena correspondiente al segundo; ambas son pecuniarias y pueden ascender á quinientos pesos.

Art. 45. El Juez instructor podrá autorizar al procesado ó procesados para que tomen conocimiento de las actuaciones y diligencias sumarias cuando se relacionen con cualquier derecho que intenten ejercitar, siempre que dicha autorización no perjudique los fines del sumario.

Si éste se prolongase más de dos meses á contar desde la fecha de la notificación del auto en que se declare el procesamiento de determinadas personas, podrán éstas pretender del Juez instructor que se les dé vista de lo actuado á fin de instar su pronta terminación, á la que deberá acceder la mencionada autoridad judicial en cuanto no lo considere peligroso para el éxito de las investigaciones sumariales.

Contra el auto denegatorio en uno y otro caso, sólo pro-

cederá el recurso de apelación en relación ante el Juez que en plenario deba recibirse del asunto.

Conc.: art. 302 de la Ley de Enj. Crim. Española.

El Código de Instrucción Criminal de la República O. del Uruguay queriendo sostener rigorosamente el secreto de las primeras diligencias sumariales, no permite la ingerencia en el sumario del reo ó de su defensor, sino cuando habiendo declarado el primero, se hayan evacuado las citas resultantes de su declaración y demás que se hayan hecho de testigos. Recién, entonces, autoriza al reo ó su defensor para que pidan una relación nominal de los testigos que hayan declarado, y para que se admita la de otros que indiquen, ó las ampliaciones ó rectificaciones de las anteriores (artículos 61 y 62).

Entretanto, ínterin se instruye el sumario hasta esa oportunidad, mientras tengan que declarar de oficio los testigos que han sido objeto de las citas, el reo y su defensor deben necesariamente permanecer inactivos, ignorando el giro del asunto, que sigue en la mayor reserva, decimos, si se observan estrictamente las prescripciones del procedimiento legal. Transcurrirá un lapso de tiempo más ó menos largo, por las dificultades de llenar las citas de testigos que ya distantes, ya ausentes, ya ocultos, no pueden ser llevados de inmediato á la presencia judicial.

Nada más contrario á la equidad. De hecho, se ha tutelado el derecho social, dando amplitud á los recursos de prueba de parte del Ministerio Público, y se tiene gran desprecio por los derechos individuales del procesado, que son tan sagrados como los de la sociedad en que vive.

Si no es un trastorno para la buena marcha del sumario, si no es un estorbo al fiel descubrimiento de la verdad, que ha de arrojar la conclusión del sumario, si el reo ó su defensor no usan impertinencias, no provocan estériles dilaciones, no proceden maliciosamente, ¿qué puede en justicia y por equidad impedir que los jueces les toleren petitorios de diligencias que conduzcan al más rápido esclarecimiento de los hechos?; ¿por qué no se ha de admitir al reo que pida la comparecencia de tal ó cual testigo, que pida el examen de tal ó cual lugar, una vista de ojos, un careo, etc., etc., antes que el testigo fallezca ó se vaya, antes que las huellas desaparezcan del lugar, antes que los testigos se entiendan entre sí y conspiren contra la verdad?

Es tan monstruosa la rigurosidad del Código de Instrucción Criminal al respecto, que es muy común que los jueces hagan caso omiso de ella y admitan esos petitorios del encausado ó defensor, y aun más, les autoricen á enterarse de los autos, en la oficina actuaria, donde hasta sin necesidad de petición escrita al efecto, pueden tenerlos á la vista por los buenos oficios del actuario.

Pues bien; consecuentes con nuestras ideas, hemos tomado de la Ley de Enjuiciamiento Penal Español, artículo 302, para nuestro Proyecto, la disposición que las condensa. En efecto, el artículo 45 del Proyecto, no es otra cosa que el mencionado artículo de la Ley española, con pequeñas variantes.

Quedará, pues, si este Proyecto merece los honores de una sanción legislativa, facultado el Juez sumariante á dar conocimiento de las actuaciones y diligencias sumarias al reo ó su defensor, cuando se relacionen con cualquier derecho que intenten ejercitar, siempre que dicha autorización no perjudique los fines de la instrucción, según el recto criterio del magistrado.

El segundo párrafo del artículo que comentamos, no está concebido en los mismos términos que el segundo del 302 español. Este dice: *Si éste* (el sumario) *se prolongase más de dos meses, á contar desde el auto que se declare el procesamiento de determinada ó determinadas personas, podrán estas pretender del juez instructor que se les dé vista de lo actuado*, etc.

Pero resultaba en la aplicación de esta ley que algunos creían que el plazo de los dos meses establecido, debía correr desde la fecha misma del decreto de procesamiento, y otros entendían que la ley había querido estatuir que desde la fecha de la notificación de ese mismo decreto.

Esto último sería lo justo, porque los derechos que las resoluciones judiciales acuerden no pueden ser ejercidos si son ignorados, y los beneficios de la ley serían letra muerta si fueren desconocidos en el curso de los procesos cuando hubieren de hacerse efectivos; de lo contrario, la ley autorizaría el ejercicio de un derecho que se presume ignorado legalmente por la persona que lo ejercita y que ha debido saberlo violando el secreto ó por una revelación punible.

Por estos fundamentos es que adoptamos ese parágrafo segundo, de este modo: *más de dos meses, á contar desde* LA FECHA DE LA NOTIFICACIÓN DEL AUTO....

Está demás decir que esta especial ingerencia del reo ó su defensor en los sumarios que llevan dos meses de existencia, se debe á que por lo regular éstos deberán terminarse en plazo más corto y se presume que haya morosidad culpable ó deliberada, ó negligencia, á que tiene derecho el procesado ó su defensa de hacer cesar para poner en salvo su buena reputación en el más breve tiempo, ó para someterse á los dictados de la justicia sin demoras que de cualquier modo le serían perjudiciales en todo sentido.

Mas, si la demora es fundada por la naturaleza y complicación del asunto, y el Juez cree prudente y útil y sin mayor perjuicio para el reo, mantener el secreto; si acceder á la vista del proceso fuera con evidente riesgo para el éxito de la investigación iniciada, el Juez no deberá hacer lugar á solicitud alguna al respecto.

Cuando sean varios los procesados en una causa, las razones que militan para que el Juez autorice ó no á uno de ellos á intervenir en el sumario en la forma y con los fines expresados, militarán con relación á todos. Y el Juez se mirará más en las circunstancias del asunto, porque entonces los peligros que puedan amagar el éxito de la administración de buena justicia serían mayores y numerosísimos indudablenente.

En un sumario pueden dictarse varios autos de procesamiento; y aún cuando se dictara uno solo, puede ocurrir que haya procesados ausentes y presentes; y como el plazo de que tratamos no debe correr hasta la fecha de la notificación de aquel auto, sucedería en tales casos que para unos procesados habría vencido el plazo mientras para otros no; y lo que es más aún, que para algunos de ellos no hubiera comenzado á correr; y en tal emergencia si se diera vista de las actuaciones al procesado que tiene ya derecho á solicitarla, podría ser expuesta esa concesión, porque de acuerdo el procesado presente con los ausentes, y acaso en combinación entre sí, se enterarían todos del sumario y lo malograrían quizás.

Contra la sentencia denegativa recaída en la suplicatoria del reo ó de su defensor, en los casos referidos, habrá un solo recurso para ante el Juez que en plenario deba conocer del asunto principal.

Este recurso, como se entablará durante el sumario cuya tramitación debe ser acelerada lo más posible, será breve y por lo tanto corresponde sea en relación, cuyos trámites son más adecuados á la índole de los incidentes.

Art. 46. De las faltas de celo y actividad en la formación de los sumarios serán responsables disciplinariamente los Jueces de Instrucción, á no ser que lo fueran penalmente con arreglo á las Leyes.

Conc.: art. 825 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Los Jueces de Instrucción, como los de otra especie, y en general los funcionarios del orden judicial, están y deben estar sujetos á responsabilidad penal, ó disciplinaria.

A no ser casos especiales para los que ciertas leyes determinen penas mayores, tratándose de simples faltas de celo y actividad, se harán responsables de indisciplina y como tales, merecedores de las penas establecidas en el Título II, Parte III del Código de Procedimiento Civil de la República, en la forma y por quienes en el mismo se determina.

Art. 47. Aceptada la denuncia por Juez competente. según lo que antecede, se seguirán las actuaciones sumarias, como se mandará en las disposiciones que á continuación han de expresarse.

Art. 48. Si la denuncia la hace el Fiscal de lo Penal ó la Policía, si no se ha aprehendido de antemano al denunciado, con tal que se afirme que ha sido éste sorprendido *in fraganti*, bastará aquélla para que el Juez instructor decrete la aprehensión ó arresto.

Conc.: art. 113 de la Const. de la Rep. O. del Uruguay—art. 12 del Cód. de I. Crim. de ídem.

Art. 49. Si el denunciante es la víctima y no indica testigos presenciales, el Juez instructor empezará por citar al denunciado.

Presente el denunciado, dicho funcionario le tomará declaración indagatoria.

Si en ésta se confesase participación ó acción en el hecho punible, el confesante, si ha de merecer prisión por la naturaleza de la falta ó delito, será desde luego arrestado bajo custodia segura.

Si no confesare, permanecerá en libertad.

Art. 50. Pero si la víctima indica testigos presenciales, el Juez instructor evacuará citas.

Resultando de ello la *semi-plena prueba* del delito ó falta y de la identidad del factor, el Juez instructor decretará auto de arresto si procediere.

Conc.: art. 113 de la Const. de la Rep. O. del Uruguay—art. 12 del Cód. de I. Crim. de ídem.

Art. 51. Si el denunciante es un tercero, el Juez instructor proveerá en el sentido de arrestar al denunciado si hubiere causa suficiente.

Cuando el Juez de Instrucción ha admitido la denuncia de un delito y sus factores, por ser arreglada á derecho, corresponde proceder de diferentes maneras según fueren los denunciantes ó existiere ó no la semi-plena prueba del delito y sus factores, ó hubiesen sido descubiertos *in fraganti*.

Una denuncia en forma del Fiscal ó de la policía, verdaderos agentes, funcionarios del orden judiciario penal, que diga haber sido vistos en flagrancia de delito los individuos A ó B, esto es, que han sido vistos por ellos, merece entero crédito al solo efecto, y con calidad de por ahora, de decretar la aprehensión ó el arresto de los presuntos delincuentes. Ésta no ha podido oficiosamente operarse por un hecho accidental, por la fuga de los criminales; la denuncia, pues, y el decreto de arresto darán vigor á la acción policial subsiguiente.

La presunción de imparcialidad en el móvil de tal denuncia, no abona la que hagan las víctimas ó supuestas víctimas del delito ó de la falta.

De ahí que prescribamos en el caso otro procedimiento, y es el de citar al denunciado, tomarle declaración; y hacer otro tanto con los testigos que mencione el denunciante. Si los primeros confiesan su culpa y han de merecer *prisión* ó *penitenciaría* por la infracción cometida, serán desde luego arrestados. Lo mismo se hará si alguno de los testigos depone asegurando la veracidad de la denuncia; obtenida así la *semi-plena* prueba del delito y sus factores, se está dentro de la condición fundamental exigida por la Constitución de la República, para decretar y efectuar el arresto ó prisión de los denunciados.

Si el denunciante es un tercero hábil á quien debe presumírsele imparcialidad, existe la *semi-plena* prueba del delito, y es el caso, como los anteriores, de apresar al denunciado, siempre que el hecho imputado apareje pena de prisión ó penitenciaría.

Art. 52. En los casos de los artículos 48, 49, 50 y 51, al arresto deberá agregarse la incomunicación del reo.

Art. 53. El Juez instructor mantendrá tan sólo dentro del término establecido en el artículo 155 esa incomunicación, debiendo levantarla con la toma de la indagatoria si en ésta no hay citas. Y hacer saber el alza por medio de oficio á la mencionada autoridad policial.

La incomunicación de los prevenidos es un estado singular en el que no les es dado tratarse y rozarse con personas distintas de su custodia, y aún con ésta en actos ó por razones que no sean del servicio.

Tiene por principal objeto evitar que los prevenidos adviertan á los testigos lo que deban decir, según sus deseos, y ejerzan presión moral en ellos con amenazas, ó sobornen ó induzcan á alguien á destruir ó incautarse el cuerpo del delito, etc.

Es una medida en todas partes adoptada, aún cuando de diversa manera. Según algunos Códigos, durará en tanto no fuese presentado el presunto reo á prestar indagatorias; según otros, hasta después de evacuadas las citas, resultantes de su declaración, pero, como éstas quizá no pudiesen en breve tiempo evacuarse, se señala un término que no es posible ultrapasar.

El artículo 159 del Código de I. Criminal Uruguayo establece que la incomunicación no podrá prolongarse por más tiempo que el de cuarenta y ocho horas.

Como esta medida debe seguirse del acto mismo de recluir en la cárcel al preso, puede suceder y sucede con frecuencia que el tiempo últimamente señalado, sea demasiado corto, para que en él pueda darse cuenta al juez de la causa de la entrada del presunto delincuente en la cárcel preventiva, pueda certificarse esta circunstancia, y el Juez recibir la indagatoria y la de los testigos más inmediatos, etc., para aprovechar ó hacer realmente útil la incomunicación, que de otro modo resultará inconveniente, dañina para el preso é infructuosa para el bien general.

La incomunicación se justifica precisamente por su fin social, responde á una necesidad.

Hay que conciliar esta necesidad con los derechos individuales, con la obligación que hay de no mortificar á quien todavía no se puede acusar ni penar por crimen. De ahí que aún cuando sería en cierto punto necesario, por su objeto, que la incomunicación perdurase ínterin hubiese de evacuarse la última cita del sumario, debe aspirarse á menos, por sentimientos humanitarios que no permiten hacer de una medida de seguridad, una tortura, que esto importaría la incomunicación indefinida.

Hay que optar por un término medio; por eso el artículo 155 de nuestro Proyecto señala como máximum el de cuatro días de incomunicación, siendo la regla común que ésta dure dentro de ese tiempo el que sea preciso para llenar las citas hechas en la indagatoria.

Claro que si no hay citas de la indagatoria, la incomunicación debe cesar y el Juez levantarla después de tomar declaración al presunto reo, dando noticia oficiosamente de esta circunstancia á la autoridad encargada de la custodia del preso, y si las citas no pueden evacuarse todas en los cuatro días, sin perjuicio de evacuarse después, la incomunicación cesará.

Art. 54. Si el factor del delito ó falta se denunciare espontáneamente contra sí mismo, se procederá como se expresa en el tercer inciso del artículo 49.

La denuncia de sí mismo en calidad de factor del delito ó falta importa una confesión.

La confesión es la mejor de las pruebas. Luego, pues, en ese caso es procedente la prisión preventiva, como en el caso del artículo 49 del Proyecto, 3.er inciso.

Art. 55. Los Jueces instructores y los de otra categoría, en cuanto deban, serán parcos al interrogar á los procesados, cediendo más á la libre deposición de éstos que al interés de arrancarles confesiones con subterfugios, ardides, juegos de palabras, etc., ó sea, violentándolos moralmente.

Conc.: art. 111 de la Const. de la Rep. O. del Uruguay.

Los jueces instructores y aquellos que en el juicio hubieren de preguntar al presunto reo, deben hacerlo con claridad y precisión, de manera que el interrogado se dé perfecta cuenta del alcance y objeto de las preguntas, y sin confundir diga la verdad y no una cosa por otra; digan lo pertinente á la pregunta y no trastruequen y confundan.

Es recomendable á los jueces la mayor urbanidad. Cuando un procesado declara ante un juez grosero, de modales rudos, se hace la idea de estar frente á su acusador ó enemigo; el procesado debe en esos momentos recibir la impresión de la mayor sinceridad é imparcialidad en el magistrado. Quizás mienta por temor.

La validez de las confesiones estriba en la libertad del que las hace. Si es arrancada con malicia, con palabras engañosas, ambiguas, ó con ardides igualmente dolosos, la universalidad del procedimiento y la violencia que él ejerce en el ánimo del procesado, vicia naturalmente su declaración confesoria. Viciosa la pregunta ¿quién es capaz de juzgar veraz la respuesta?

Es preciso que los jueces rememoren que su misión no es castigar por castigar, sino restablecer la soberanía del derecho, flagelando al verdadero infractor de la ley, para expiación propia y edificación de los demás. Es fundamental que se preocupe de indagar con método y severidad y sin pasión y preconceptos, la verdad del delito ó la falta y sus coautores, para que no se sienta caer el rigor de la penalidad sobre una testa inocente, haciendo odiosa á los ojos de la virtud la instución judicial, más que el crimen mismo.

Art. 56. Los Jueces instructores evacuarán las citas que el reo y testigos hagan, con excepción de aquellas que notoriamente nada importen al asunto.

Es frecuente que los Jueces instructores evacuen cuántas citas hacen los reos presuntos y los testigos que deponen.

Conviene, sin embargo, á la mayor celeridad de los sumarios, á su claridad, que la evacuación de citas se concrete á las que sean conducentes al mejor éxito de la investigación, y no abarque otras que notoriamente no darán luces en el asunto.

Con su buen criterio los Jueces seleccionarán las citas y prescindirán de aquellas evidentemente inservibles, que recargarían vanamente su trabajo y dificultarían el estudio de los autos.

Art. 57. Siendo el reo cogido *in fraganti* delito ó falta, ó resultando del sumario la semi-plena prueba del delito ó falta por los cuales es delatado, se secuestrarán de oficio por el Juez instructor sus bienes, en cantidad suficiente á cubrir los gastos presumibles del proceso hasta donde alcance á debidos reembolsos y demás prestaciones que el reo pueda deber y conforme á la vía de apremio en materia civil.

Liquidados los bienes secuestrados, en la debida oportunidad, se pagarán con su importe: en primer lugar, la multa impuesta; en segundo, las costas y costos del juicio; en tercero, el valor de los objetos hurtados ó robados, si no fueren recuperados en especie; y en el cuarto, el resarcimiento de daños y perjuicios causados en la persona y bienes del ofendido.

Mediando fianza suficiente no se hará secuestro ó cesará el efectuado.

Conc.: art. 152 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay.

El Código Penal sujeta á los autores de delito ó faltas á responsabilidad civil por daños y perjuicios, de indemnización, de restitución y de costas y costos del proceso.

Esta responsabilidad, del mismo modo que la penal, debe ser efectiva, y por consiguiente, cumple á la ley hacerla garantir.

Si la pena es pecuniaria, resalta la necesidad de esa garantía de efectividad, y no sería más natural y justo apresar al presunto delincuente para que no burle ó escape á la pena de prisión ó penitenciaría que secuestrarle sus bienes, si con ellos debe pagar ó satisfacer una multa ó ciertas prestaciones pecuniarias. No es más sagrado el derecho á la propiedad que el de la libertad individual.

El artículo 152 del Código de Instrucción Criminal es deficiente en cuanto á llenar esta necesidad; más aún, no la llena exactamente tratándose de los casos en que procede la multa como pena del delito ó falta cometida. Ordena el secuestro sólo para cuando el delito apareje restituciones ó indemnizaciones pecuniarias; protege realmente la acción civil del damnificado y desampara la penal.

Para dicho secuestro se observarán las disposiciones vigentes en el Código de Procedimiento Civil sobre apremio; las prescripciones de ese Código que demarcan los objetos embargables, y otras que pueden aplicarse en esta materia procesal penal, regirán también tratándose de estos secuestros por causa de delito ó falta.

En algunas legislaciones, como la española por ejemplo, se ha hecho á este último respecto una diferenciación profunda entre los secuestros civiles y los penales, porque se ha declarado la embargabilidad de todos los bienes del presunto reo, sin distinción de clases y usos; indistintamente, nosotros, consecuentes con los principios de humanidad y equidad que presiden la clasificación de bienes embargables y no embargables del Código de Procedimiento Civil, la aceptamos y aplicamos en nuestro Proyecto.

Los jueces no deben extralimitarse en la medida de lo necesario en las respectivas diligencias, para no gravar ociosamente la propiedad del procesado y su familia, consumando un despojo injustificable.

Hecho el embargo de bienes en cantidad suficiente, se depositarán si son muebles. Se liquidarán, sean de la especie que fueren, siempre que hubiese sentencia condenatoria, para el pago de la multa impuesta, en primer término, de las costas y costos del proceso, del valor de los objetos hurtados ó robados, no siendo habidos en especie, y el resarcimiento de daños y perjuicios, según su orden.

Siempre nos ha parecido chocante, contrario á los fines de la ley penal, que estando condenado un individuo á pago de multa ó prisión equivalente, se hayan aplicado sus bienes á cubrir una planilla de costas, obligándosele á sufrir prisión por no tener más fondos con que pagar su rescate.

Creemos que en todo momento y principalmente en los tribunales, debe mirarse por encima de los intereses pecuniarios de los hombres el sacro derecho á la libertad personal. Supeditar á la idea de lucro esta libertad, es rebajar al nivel de las cosas vulgares y puramente materiales la dignidad humana.

Art. 58. Hay delito ó falta *in fraganti* cuando el autor ó agente del delito ó de la falta es visto en momento de su comisión.

Conc.: art. 150, n.° 1, del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 59. La Ley conceptúa que hay delito ó falta *in fraganti* cuando se señala á una persona como agente del delito ó falta y el señalado huye, huyó, se esconde ó se escondió, después de la consumación del hecho punible, ó es habido acto continuo con las armas, instrumentos ú otros efectos, ó con señales en su persona ó vestidos, que indiquen su posible delincuencia.

Conc.: art. 150, n.os 2.° y 3.°, del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay.

Toda infracción es *in fraganti*, ó se reputa así, siempre que se está cometiendo actualmente ó acaba de cometerse; siempre que el autor ó cómplice es perseguido acto continuo y designado como tal por la voz pública de los que le presenciaron, ó es aprehendido con las armas, instrumentos ú otros efectos, ó con señales en su persona ó vestidura, que indiquen su delincuencia, ó se oculta, ó huye siendo sindicado, ó ya se escondió ó huyó. Es esta la definición más completa que hemos hallado sobre delito ó falta *in fraganti*.

(Continuará).

Documentos Oficiales

Secretaría de la Universidad.

Llámase por segunda vez á concurso para proveer por oposición la regencia en propiedad del Aula de Química preparatoria.

Las inscripciones de los aspirantes se admitirán hasta el 1.º de Julio del año en curso.

Los actos de las oposiciones se verificarán en la primera quincena del mismo mes.

Montevideo, Febrero 28 de 1901.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

El Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior ha sancionado la siguiente resolución:

Los estudiantes que presten servicios gratuitos á la Universidad y que crean tener derecho, por ello, á la exoneración de los impuestos por concepto de matrícula ó de examen, deberán pedirla directamente al Consejo, que resolverá en cada caso lo que corresponda.

Montevideo, Octubre 6 de 1900.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

El Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior ha sancionado la siguiente resolución:

Autorízase al señor Rector para conceder plazos para el pago de los derechos de exámenes ó de matrículas en los casos en que lo considere justo, á condición:

1.º De que el plazo no podrá exceder del día en que se preste el examen ó en que se empiecen los cursos.

2.º De que si el interesado no efectuase el pago, no podrá dar el examen, ni figurar como matriculado.

Deróganse todas las disposiciones que se opongan á la presente.

Montevideo, Octubre 6 de 1900.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

El Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior ha sancionado la siguiente resolución:

Para el efecto que determina el artículo 88 del Reglamento General, deben ser considerados Sustitutos los jefes de Clínicas ó Laboratorios.

Montevideo, Octubre 24 de 1900.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

El Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior ha sancionado lo siguiente:

Artículo 1.º Con la denominación de «Laboratorio de las Clínicas», créase en la Facultad de Medicina, un Laboratorio destinado á las in-

vestigaciones anatómicas, microscópicas y químicas necesarias para la enseñanza clínica. Este Laboratorio tendrá su asiento en el Hospital de Caridad, para cuyo efecto se pedirá el local necesario á la Comisión de Caridad y Beneficencia Pública.

Art. 2.º Destínase una cantidad que no excederá de 500 pesos con cargo á rentas universitarias, para la adquisición de los aparatos é instrumentos necesarios, y se faculta al señor Decano de la Facultad de Medicina para que pueda destinar á este Laboratorio alguno de los instrumentos que ya existen en otros, siempre que no se comprometa el funcionamiento de éstos.

Art. 3.º El personal del Laboratorio lo forman: El Jefe de Laboratorio á quien corresponde especialmente practicar las autopsias y exámenes histológicos y bacteriológicos que le fuesen pedidos por los profesores de clínicas. Un ayudante preparador encargado del examen químico de los líquidos procedentes de las clínicas. Un peón para la limpieza y cuidado del Laboratorio.

Art. 4.º Los Catedráticos de clínicas podrán concurrir al Laboratorio á verificar por sí mismos los resultados de los exámenes que hayan pedido y podrán obtener que el Jefe del Laboratorio ó su ayudante concurran á las clínicas á efectuar las demostraciones prácticas que crean necesarias á la enseñanza.

Art. 5.º El Jefe del Laboratorio llevará un registro de las autopsias y exámenes histológicos que practique, y á fin de preparar material para la formación de un Museo de Anatomía Patológica clasificará y conservará las piezas anatómicas y preparaciones que crea útiles para la enseñanza.

Este registro, lo mismo que las piezas anatómicas ó preparaciones histológicas, será facilitado á los profesores de clínicas y al de anatomía patológica siempre que lo soliciten.

Art. 6.º El ayudante de Laboratorio llevará también un libro especial en que anotará los resultados de los exámenes que practique y que pondrá á disposición de los profesores de clínicas.

Art. 7.º El Jefe del Laboratorio, con autorización del Decano, admitirá á trabajar bajo su dirección y vigilancia á los estudiantes de clínica.

Art. 8.º A solicitud de la Comisión del Hospital de Caridad y con autorización del Decano, el Laboratorio podrá prestar sus servicios á otras Salas del Hospital.

Art. 9.º El Jefe del Laboratorio será nombrado por el Rector á propuesta del Decano, con calidad de interino y honorario, mientras no sea solicitada y acordada su inclusión en la ley de presupuesto. El ayudante será nombrado en la misma forma y gozará de un sueldo mensual de treinta pesos, con cargo á rentas universitarias. El peón será nombrado á propuesta del Jefe del Laboratorio.

Art. 10. Diríjase oficio á la Comisión de Caridad solicitando un local

adecuado para la instalación de este Laboratorio y para que se haga cargo de la provisión de un peón para la limpieza del mismo.

Montevideo, Marzo 1.º de 1900.

Señor Rector de la Universidad, doctor don Pablo De-María.

En algunos de los informes que en años anteriores he presentado al señor Rector indiqué la necesidad de modificar el plan de estudios de la carrera de Arquitecto, suprimiendo los innecesarios, ampliando los deficientes y agregando los indispensables. De estas reformas, las que dependen de los programas que rigen la enseñanza, se han hecho en los cursos anteriores ó se harán en los del corriente año, y las que se refieren al plan de estudios fueron tenidas en cuenta al redactar el vigente, á excepción del curso de Modelado, que aún no figura en la enseñanza que reciben nuestros futuros arquitectos.

El modelado es el complemento de los estudios de dibujo de adorno que hacen los alumnos de la Facultad de Matemáticas desde hace algunos años, utilizando las colecciones de modelos de yeso que al efecto se formaron. Ese material puede y debe ser utilizado también para la plástica aplicada á la Arquitectura.

Nada es más apropiado que el modelado para el estudio de las formas y el sentimiento de los elementos decorativos arquitectónicos y para percibir las diferencias que tienen los diversos estilos, y es por esto precisamente que el estudio del modelado tiene tanta importancia para desarrollar el gusto artístico de los alumnos de la moderna arquitectura que tanto aplica la escultura decorativa, y más entre nosotros en que faltan los elementos de educación artística que los países europeos tienen en muchos de sus edificios y museos.

La importancia de la plástica como elemento de enseñanza complementario de las artes del dibujo, es universalmente reconocida, y lo prueba el hecho de enseñarse no solamente en las Academias de Bellas Artes y Escuelas de Arquitectura, sino también en escuelas de enseñanza inferior como tantas que funcionan en Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Inglaterra, Italia, etc., bajo los nombres de escuelas de arte decorativo, de arte aplicado á la industria, de dibujo, de arte industrial, técnicas, etc.

En la Facultad de Matemáticas á mi cargo existen los modelos necesarios para la enseñanza de la plástica arquitectónica, y las colecciones de yesos existentes, bastante completas y variadas, recibirán muy pronto un notable incremento tan luego como lleguen los últimos pedidos hechos al taller de modelado de la Escuela de Bellas Artes de París.

Existe, además, una sección del sótano del edificio que ocupa la Universidad que puede utilizarse para el taller de plástica, mediante obras de reducido costo.

La clase de Modelado, como facultativa, ha funcionado durante tres meses del año próximopasado bajo la dirección del escultor señor Ferrari, artista nacional, entusiasta por su arte, y que se ha dado á conocer por algunos trabajos originales de bastante mérito artístico. Los trabajos hechos por los alumnos en el corto tiempo que funcionó la clase, prueban que ésta dará proficuos resultados para la enseñanza, cuando funcione con regularidad durante todo el año escolar.

Por tales consideraciones propongo la institución de la clase de Modelado en la Facultad de Matemáticas á mi cargo, agregándola como ejercicio práctico al 3.º y 4.º año de estudios de la carrera de Arquitecto.

Al mismo tiempo, y en vista de su inutilidad para los estudios de Arquitectura, propongo que se suprima la enseñanza de la Trigonometría esférica que figura en el primer año de estudios de la carrera.

En el deseo de poder introducir en el presente año escolar las indicadas mejoras en la enseñanza de la Facultad á mi cargo, ruego al señor Rector se sirva proponerlas á la consideración del H. Consejo en una de las próximas sesiones.

Saludo al señor Rector con mi más distinguida consideración.

Juan Monteverde.

Montevideo, Marzo 2 de 1900.

El Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior, en sesión de esta fecha, sancionó la siguiente resolución:

Pase á dictamen de una Comisión compuesta de los señores doctores Pena, Zorrilla de San Martín y Montero Paullier.

De-María.
Enrique Azarola,
Secretario.

Honorable Consejo Universitario:

El señor Decano de la Facultad de Matemáticas propone la institución de la clase de Modelado, agregándola como ejercicio práctico al 3.º y 4.º año de estudios de lacarrera de Arquitectura y la supresión

de la enseñanza de la Trigonometría esférica que figura en el 1.er año de estudios de la misma carrera.

Sobre la utilidad é importancia de la práctica del modelado, así como sobre su enseñanza obligatoria en Academias de Bellas Artes y en Escuelas de Arquitectura donde estos ramos se organizan separadamente fuera de las Universidades, no tiene dudas esta Comisión. Lo aseverado por el señor Decano está además confirmado por los reglamentos de 1873 y 1881 de la Politécnica federal de Suiza, en cuyo curso de Arquitectura, que dura 3 años, figura el Modelado entre las asignaturas de ejercitación práctica, existiendo allí un taller para la práctica del Modelado en tierra y yeso.

En el Reglamento de la Escuela Nacional y especial de Bellas Artes de París, 1892, figura entre las pruebas de admisión un fragmento de figura, modelado, á la antigua, ejecutado en 9 horas, y se dispone que los discípulos de la 2.ª clase participen en ejercicios de modelado de ornamentación. En el programa para la Escuela Superior de Arquitectura de Madrid se establece que el curso de detalles arquitectónicos se hará con modelado.

Existen en nuestra Facultad de Matemáticas los modelos necesarios para la enseñanza de la plástica arquitectónica, y las colecciones de yesos han sido aumentadas con las piezas últimamente recibidas.

El señor Decano entiende que los modelos pueden, sin detrimento colocarse en una sección del sótano del edificio que ocupa la Universidad, estableciéndose en ese espacio el taller de plástica mediante obras de reducido costo.

Agrega más el señor Decano, y es que ya funcionó como facultativa esa clase práctica de modelado, y que el ensayo se hizo con éxito bajo la dirección del escultor señor Ferrari.

Desde que nuestra Universidad en su plan de estudios superiores comprende la Arquitectura, y el Modelado es considerado como el complemento necesario de los estudios de dibujo de adorno, existiendo ya los materiales para la enseñanza, nada más oportuno y racional que establecer esos ejercicios y hacerlos obligatorios dada su importancia.

La reforma que propone el señor Decano de la Facultad de Matemáticas elimina del plan de estudios para la carrera de arquitecto la Trigonometría esférica, cuyo estudio considera innecesario, y la sustituye ventajosamente con una asignatura de ejercitación práctica, cuya utilidad resulta indiscutible.

Es, pues, una reforma muy plausible; no viene á recargar al estudiante con una asignatura más; establece una que le proporcionará indiscutiblemente mayor habilidad y le descarga de otra dudosa ó de exigua utilidad.

En cuanto á gastos, están ya hechos los principales, que son relativos á la adquisición de modelos. Se requerirá un profesor para la

nueva asignatura y algunos gastos para la instalación del taller. El señor Decano debe proponer el sueldo de profesor y la partida para gastos de establecimiento y de funcionamiento del taller, si es que hay necesidad ó conveniencia en que los materiales para los ejercicios hayan de ser suministrados por la Universidad.

En cuanto á la parte legal, la Comisión entiende que la reforma del programa de Arquitectura está dentro de las atribuciones del H. Consejo, según el inciso 3.º del artículo 34 de la ley de 14 de Julio de 1885.

En mérito de lo expuesto la Comisión propone el siguiente

PROYECTO DE RESOLUCIÓN

Declárase de curso obligatorio en el 3.º y 4.º año de la carrera de arquitecto la enseñanza práctica de modelado, cuyo programa así como el sueldo de profesor y los gastos de instalación y taller, propondrá el señor Decano de la Facultad de Matemáticas.

Suprímese en el plan de estudios de Arquitectura la asignatura de Trigonometría esférica.

Una vez presupuestada la Cátedra provéase por concurso según el artículo 12 de la Ley de 25 de Noviembre de 1889.

Comuníquese y publíquese.

Hará notar la Comisión que en el presupuesto vigente no hay catedrático especial para la Trigonometría esférica. Da este curso en la Facultad de Matemáticas el catedrático de Álgebra superior y Geometría analítica. Hay, pues, que crear el puesto de catedrático de Modelado, ó encargar de la enseñanza á alguno de los profesores actuales. Para la creación del empleo y su dotación se requiere autorización legislativa, y si el Consejo aprobase el Proyecto de Resolución que proponemos, y si no fuere posible encargar de la nueva enseñanza á alguno de los profesores titulares, deberá aprovecharse la formación del Proyecto de Presupuesto para incluirla en el presupuesto para 1901-902.

Es cuanto puede informar la Comisión, salvo la más acertada resolución del Honorable Consejo á quien tenemos el honor de saludar con la consideración merecida.

Montevideo, Diciembre 20 de 1900.

R. Montero Paullier — Carlos María de Pena — Juan Zorrilla de San Martín.

Montevideo, Diciembre 21 de 1900.

El Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior en sesión de esta fecha sancionó la siguiente resolución:

Declárase de curso obligatorio en el 3.º y 4.º año de la carrera de Arquitectura la enseñanza práctica del Modelado cuyo programa así como el sueldo del profesor y los gastos de instalación y taller, propondrá el señor Decano de la Facultad de Matemáticas.

Suprímese en el plan de estudios de Arquitectura la asignatura de Trigonometría esférica.

Una vez presupuestada la Cátedra, provéase por concurso, según el artículo 12 de la Ley de 25 de Noviembre de 1889. É importando la resolución que precede una reforma al plan de estudios vigente en la Facultad de Matemáticas, para la carrera de arquitecto, elévense estos antecedentes al Ministerio de Fomento, solicitando para dicha resolución la aprobación del Poder Ejecutivo.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario.

Montevideo, Enero 4 de 1900.

Excmo. señor Ministro de Fomento, doctor don Gregorio L. Rodríguez.

Señor Ministro:

En cumplimiento de lo dispuesto por el Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior al final de su resolución fecha 21 de Diciembre póximopasado, tengo el honor de elevar á V. E., original, el expedientillo formado con motivo de la comunicación que me dirigió el señor Decano de la Facultad de Matemáticas, ingeniero don Juan Monteverde, en 21 de Marzo del año últimamente fenecido, solicitando, fundado en las consideraciones que aduce, se suprima del plan de estudios praa la carrera de arquitecto la asignatura de Trigonometría esférica y se agregue á dicho plan el estudio de la de Modelado.

Ruego á V. E. se sirva prestar su superior aprobación á las modificaciones introducidas por el Consejo en el plan de la referencia, y or-

denar que oportunamente sean devueltos á la Universidad los antecedentes elevados á la consideración de V. E.

Saluda á V. E. atentamente.

PABLO DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario.

Ministerio de Fomento.

Montevido, Enero 24 de 1901.

En mérito de los hechos y consideraciones expuestas en el informe de fecha 20 de Diciembre próximopasado, y vistos los términos de la resolución de fecha 21 del mismo mes, adoptada por el Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior, el Gobierno resuelve aprobarla, y con oficio devuélvase, dejándose testimonio de este expediente en Secretaría.

CUESTAS.
GREGORIO L. RODRÍGUEZ.

Montevideo, Enero 26 de 1901.

Señor Rector de la Universidad:

Con la resolución dictada por el Poder Ejecutivo y á sus efectos, devuelvo á V. S. el expedientillo formado con motivo de la comunicación que le dirigió el señor Decano de la Facultad de Matemáticas solicitando la supresión de la asignatura de Trigonometría esférica en el plan de la carrera de arquitecto y su sustitución por la de Modelado.

Saluda á V. S. atentamente.

GREGORIO L. RODRÍGUEZ.

Montevideo, Enero 31 de 1901.

Publíquese.— A los efectos de la resolución del Consejo, de fecha 21 de Diciembre último, pasen estos antecedentes al señor Decano de la Facultad de Matemáticas.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario.

Los alumnos de asignaturas prácticas de la Facultad de Matemáticas, que se encuentran en los dos últimos años de su carrera y que por razón de las obligaciones de su empleo tuvieran que salir de la Capital para efectuar estudios ó trabajos profesionales interinamente ligados con las asignaturas en que estén matriculados, serán dispensados de las faltas de asistencia en las correspondientes clases, mientras tales estudios ó trabajos se realicen, á condición de que el número de faltas no alcance en cada curso á la mitad de las clases, estando además el alumno obligado á hacer los ejercicios de aplicación numéricos y gráficos que el profesor proponga durante el curso.

Juan Monteverde.

Montevideo, Septiembre 14 de 1900.

El Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior, en sesión de esta fecha, sancionó la siguiente resolución:

Apruébase el proyecto de resolución formulado por el señor ingeniero Serrato en su precedente dictamen, con las siguientes agregaciones:

Para gozar de los beneficios de esta resolución, el estudiante estará obligado, además, á presentar una relación sumaria de los trabajos en que haya intervenido, autorizada con el vistobueno del jefe superior de la Repartición ó Sección en que haya estado adscripto.

Esta resolución es transitoria y sólo estará en vigencia mientras la Facultad de Matemáticas no haya organizado todos los trabajos prácticos bajo su inmediata vigilancia.

Solicítese la aprobación del Poder Ejecutivo, por importar esta resolución una modificación del Reglamento.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario General.

Ministerio de Fomento.

Montevideo, Septiembre 28 de 1900.

Apruébase la disposición reglamentaria de que instruyen los adjuntos obrados, y á sus efectos devuélvase á la Universidad.

CUESTAS.
GREGORIO L. RODRÍGUEZ.

Montevideo, Octubre 2 de 1900.

Cúmplase, comuníquese, publíquese y archívese.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario General.

Montevideo, Febrero 13 de 1900.

Señores don Tomás Claramunt y don Dolcey Puig.

Ruego á ustedes se sirvan manifestarme si consideran ó no suficiente el examen que en la actualidad se exige para ingresar en el curso de Contabilidad.

También ruego á ustedes que en el caso de considerar que ese examen es insuficiente, se sirvan indicarme cuáles serían las ampliaciones que á juicio de ustedes convendría introducir en él.

Saludo á ustedes con mi mayor aprecio.

PABLO DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario.

PROGRAMA DE INGRESO PARA EL AULA DE CONTABILIDAD

Aritmética — Álgebra — Geografía.—Las tres asignaturas con la misma extensión que se les da en los programas de Bachillerato.

Gramática Castellana: Conocimiento general de todas sus partes y ejercicios de composición sobre temas variados, dando preferencia á los de correspondencia y demás documentos de uso común.

Geometría: Estudio general de la misma, sin demostraciones abstractas, pero con claro conocimiento de los procedimientos relativos á la averiguación de superficies de todas las figuras y volumen de los cuerpos geométricos.

Cualquiera de las cinco expresadas asignaturas que hubiese sido aprobada en los cursos de Bachillerato será reconocida para los efectos del presente programa, limitándose entonces el examen á las que faltaren para completarlo.

La duración del acto podría fijarse en una hora y media, repartido ese tiempo así:

Aritmética—15 minutos.
Álgebra —15 »
Geografía —15 »
Geometría —15 »
Gramática —30 » repartidos entre la parte teórica y el ejercicio práctico.

Montevideo, Febrero 16 de 1900.

Señor Rector de la Universidad, doctor don Pablo De-María.

En contestación á la nota de fecha 12 del corriente, en que V. S. se digna consultarnos acerca del examen que actualmente se exige para el ingreso en los Cursos de Contabilidad, debemos manifestarle:

Que dado el desarrollo intelectual que debe acompañar al alumno para que los programas de aquella aula sean completa y provechosamente llenados, el programa actual de ingreso resulta, sin duda alguna, insuficiente.

En consecuencia, y respondiendo á los propósitos de la consulta, nos permitimos proponer para lo sucesivo el que se acompaña á continuación.

Llenado ese cometido, saludamos con toda consideración á los señores miembros del H. Consejo Universitario en la persona de su digno Presidente, á quien Dios guarde muchos años.

Dolcey Puig.
Tomás Claramunt.

Montevideo, Diciembre 21 de 1900.

El Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior, en sesión celebrada en esta fecha, sancionó la siguiente resolución:

Pase á dictamen del señor Décano de la Facultad de Matemáticas.

De-María
Enrique Azarola.

Montevideo, Enero 3 de 1901.

Señor Rector:

La deficiencia de preparación de los alumnos de Contabilidad que hacen notar los señores profesores Claramunt y Puig, se subsanaría adoptando el programa de ingreso que proponen.

La única observación que al programa de esos señores tengo que hacer es relativa á las pruebas de examen.

Considero más conveniente que la forma de esas pruebas y su duración, sean como indico á continuación:

Cada examen de ingreso para Contabilidad comprenderá dos partes: En la primera, el tribunal examinador propondrá á los examinandos ejercicios escritos sobre aplicaciones de aritmética y álgebra al cálculo mercantil, aplicaciones de geometría al cálculo de áreas y volúmenes, y un tema gramatical, para cuyos trabajos se fijará una hora y media de tiempo. La segunda parte consistirá en un examen oral de media hora de duración, como máximo, sobre las materias que constituyen el programa de ingreso, y sobre los ejercicios escritos de la primera parte

La mesa examinadora al juzgar el mérito del examen deberá tener en cuenta la caligrafía, no debiendo ser admitido al examen oral ningún examinando que en sus ejercicios escritos no haya demostrado poseer una caligrafía cuando menos regular.

Saludo al señor Rector atentamente.

Juan Monteverde.

Montevideo, Enero 4 de 1901.

Elévese al Consejo.

De-María.
Enrique Azarola,
Secretario.

Montevideo, Enero 4 de 1901.

El Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior, en sesión de esta echa, sancionó la siguiente resolución:

Apruébase el programa de ingreso para Contabilidad presentado por los señores Claramunt y Puig, con las modificaciones que indica el señor Decano de la Facultad de Matemáticas.

Este programa no será obligatorio hasta pasados seis meses de su publicación.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario.

Montevideo, Septiembre 25 de 1900.

Excmo. señor Ministro de Fomento, doctor don Gregorio L. Rodríguez.

Señor Ministro:

Con arreglo á lo que dispone el artículo 34, inciso 1.º de la ley de 14 de Julio de 1885, tengo el honor de someter á la aprobación del Poder Ejecutivo, en nombre del Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior, las siguientes modificaciones al Reglamento General vigente:

ARTÍCULO 50

Se le agregará un inciso que diga:

En el caso de quedar sin efecto la matrícula condicional, por no haber el estudiante cumplido la condición de que ella dependía, no tendrá derecho aquél para pedir la devolución del derecho pagado por la misma matrícula condicional.

ARTÍCULO 65

Se le agregará un inciso que diga:

Los estudiantes que dejen pasar el plazo para la inscripción sin verificar ésta, pueden pedir que se les permita inscribirse hasta la víspera del comienzo del período de exámenes en la Facultad ó Sección respectiva, pagando una multa igual á la mitad de la cuota de inscripción.

ARTÍCULO 66

Se le agregará un inciso que diga:

En esa devolución no se comprenderá parte alguna de la multa que haya sido satisfecha con arreglo al artículo 65, inciso último.

ARTÍCULO 105

Quedará redactado en la siguiente forma:

Las mesas examinadoras gozarán de la remuneración siguiente:

1.º En los exámenes parciales, la mitad de la cuota que por derecho de examen deben pagar los examinandos.

2.º En los exámenes de revalidación de títulos extranjeros, la mitad de la cuota que satisfagan los examinandos, debiendo esa mitad ser distribuída entre los examinadores en proporción á las partes de examen á que cada uno hubiere asistido.

3.º En los exámenes libres y de revalidación el Secretario ó quien le reemplace será contado como un examinador para el efecto de percibir como remuneración la mitad de la cuota que corresponda á éste.

No percibirán remuneración:

a) El Rector, en caso alguno.

b) Los Decanos en los exámenes de su respectiva Facultad, que no sean de revalidación.

c) Los catedráticos que perciban sueldo como tales, en los exámenes reglamentados de su clase.

Por los exámenes de alumnos legalmente exonerados del pago de los derechos correspondientes, y por los exámenes generales, ninguno de los examinadores percibirá remuneración.— Tampoco la percibirá el Secretario ó quien le reemplace.

Paso ahora á expresar brevemente á V. E. los motivos que ha tenido el Consejo para introducir estas modificaciones en el Reglamento de Enseñanza Secundaria y Superior.

SOBRE EL ARTÍCULO 50

Por resolución del Consejo, de fecha 2 de Julio de 1898 se autorizó la práctica de devolver en el caso de caducar las matrículas condicio-

nales, la mitad de la cuota pagada por concepto de ellas. El Consejo se ha convencido de que esa práctica es injusta y perjudicial para la Universidad, y por eso desea que quede abolido por medio de una expresa disposición reglamentaria.

Si la matrícula expedida á condición de rendir con aprobación el estudiante tal ó cual examen en el período extraordinario, caduca, es por no haber rendido el estudiante ese examen ó por no haber sido aprobado en él; y así como es inadmisible que el derecho pagado por la matrícula incondicional sea devuelto cuando esa matrícula caduca, en razón de haber perdido el curso por faltas de asistencia el estudiante que la obtuvo, así tambien es inadmisible que el derecho pagado por la matrícula condicional deba ser devuelto cuando ella caduca por no haberse llenado la condición de la cual dependía su existencia.

SOBRE EL ARTÍCULO 65

Es un beneficio que puede acordarse á los estudiantes el de permitirles inscribirse como examinandos después de vencido el plazo normal señalado para ello; pero, á fin de que ese beneficio, que sólo es posible como cosa excepcional, no se convierta en regla general y de costumbre, como sucedería, con detrimento del buen orden de la Universidad, si se concediese sin limitación ó traba, es necesario ponerle la de que el estudiante que por no haberse inscripto dentro del término fijado en el artículo 65 del Reglamento, solicite el beneficio de la referencia, ó sea la concesión de que se le inscriba después de vencido el termino normal, pague una pequeña multa.

SOBRE EL ARTÍCULO 66

El pago de la multa debe ser cosa definitiva é irrevocable. El estudiante ha incurrido en ella por el hecho de inscribirse después de vencido el plazo; y el hecho de que no rinda el examen para el cual se inscribió, si bien puede ser motivo para que se le devuelva la mitad del derecho de examen, no puede serlo para que se le devuelva la mitad de la multa.

SOBRE EL ARTÍCULO 105

El pago de los examinadores, *á tanto la hora*, como lo dispone actualmente el referido artículo del Reglamento, produce muchas veces el resultado de que la Universidad paga á los examinadores más de lo que cobra de los estudiantes por derecho de examen. Supongamos

que rindan examen escrito dos estudiantes reglamentados de derecho. En tal caso esos estudiantes pagan en total, por derecho de examen, *seis pesos*, ó sea tres pesos cada uno El examen dura una hora y media, y los examinadores son por lo menos tres; pagándose á cada uno de ellos dos pesos por hora, se les paga en total nueve pesos, ó sea tres pesos más que lo satisfecho por los estudiantes; de modo que la Universidad, no solamente no viene á percibir cuota alguna por ese examen, sino que, por añadidura, viene á ser obligada á una erogación.

Para evitar esto, lo mejor y más equitativo es repartir por mitad entre la Universidad y los examinadores el derecho pagado por los examinandos. A este fin responde principalmente la reforma del artículo 105 del Reglamento, que en nombre del Consejo vengo á someter á la aprobación de V. E.

En lo demás, el referido artículo queda como está, salvo una pequeña modificación: la de que los catedráticos que presten sus servicios, *sin recibir sueldo de la Universidad*, tendrán derecho, como es justo, á percibir remuneración en los exámenes reglamentados de su clase.

Esperando que V. E. tendrá á bien aprobar las modificaciones del Reglamento General de Enseñanza Secundaria y Superior que dejo indicadas y explicadas, me es grato saludar muy atentamente á V. E.

Pablo De-María.
Enrique Azarola,
Secretario.

Montevideo, Octubre 6 de 1900.

Señor Rector de la Universidad:

Comunico á V. S., á sus efectos, que el Gobierno ha aprobado las ampliaciones y modificaciones de los artículos 50, 65, 66 y 105 del Reglamento General de esa Universidad en la forma propuesta por V. S. en su nota de fecha 25 de Septiembre próximopasado.

Saluda á V. S. atentamente.

Gregorio L. Rodríguez.

Montevideo, Octubre 9 de 1900.

Hágase saber al Consejo, publíquese en los ANALES DE LA UNIVERSIDAD, insértese en el ejemplar de las Leyes y Reglamento General de Enseñanza Secundaria y Superior, destinado para el efecto, y archívese.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario.